HANS KELSEN

GRYNOJI TEISĖS TEORIJA

ALK • EUGRIMAS

HANS KELSEN

GRYNOJI TEISĖS TEORIJA

HANS KELSEN

GRYNOJI TEISĖS TEORIJA

Vertė

ALGIRDAS DEGUTIS
EGIDIJUS KŪRIS

VILNIUS • EUGRIMAS • 2002

UDK 340.12
Ke78

Maloniai leidus leidyklai „Verlag Österreich GmbH“
ir Vienos Hanso Kelseno institutui,

versta iš:

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich, 2000
Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, The University California Press, 1989

Vertė:

Dr. *Algirdas Degutis* (Lietuvos filosofijos ir sociologijos institutas)
Dr. *Egidijus Kūris* (Vilniaus universiteto Tarptautinių santykių ir politikos mokslų institutas)

This edition published with support from the Opien Society Fund-Lithuania,
and from the CEU Translation Project of the Open Society
Institute-Budapest

Knygos leidimą iš dalies finansavo Atviros Lietuvos fondas
ir Atviros visuomenės institutas Budapešte
(Vidurio Europos universiteto Vertimų projektas)

ISSN 1392-1673
ISBN 9955-501-29-4

TURINYS

Egidijus Kūris. Grynoji teisės teorija, teisės sistema ir vertybės: normatyvizmo paradigmos iššūkis ... 11

I. TEISĖ IR GAMTA

1. „GRYNOJI" TEORIJA ... 43
2. AKTAS IR JO TEISINĖ PRASMĖ ... 43
3. SUBJEKTYVIOJI IR OBJEKTYVIOJI AKTO PRASMĖ; JO AUTOINTERPRETACIJA ... 44
4. NORMA ... 45
   a) Norma kaip aiškinimo schema ... 45
   b) Norma ir normos kūrimas ... 45
   c) Normos galiojimas ir galiojimo sritis ... 49
   d) Pozityvus ir negatyvus reguliavimas: įsakymas, įgalinimas, leidimas ... 52
   e) Norma ir vertybė ... 54
5. SOCIALINĖ TVARKA 58
   a) Socialinė tvarka, nustatanti sankcijas ... 58
   b) Ar esama socialinių tvarkų be sankcijų? ... 60
   c) Transcendentinės ir socialiai imanentinės sankcijos ... 61
6. TEISINĖ TVARKA ... 62
   a) Teisė: žmonių elgesio tvarka ... 62
   b) Teisė: prievartinė tvarka ... 64
      Teisinės tvarkos numatomi prievartos aktai kaip sankcijos ... 65
      Teisinės bendruomenės jėgos vartojimo monopolis ... 66
      Teisinė tvarka ir kolektyvinis saugumas ... 67
      Kitokie nei sankcijos prievartos aktai ... 69
      Laisvės minimumas ... 70
   c) Teisė kaip normatyvinė prievartinė tvarka; teisinė bendruomenė ir plėšikų gauja ... 72
   d) Teisinės pareigos be sankcijų? ... 76
   e) Priklausomos teisės normos ... 79

II. TEISĖ IR MORALĖ

7. MORALĖS NORMOS KAIP SOCIALINĖS NORMOS ... 83
8. MORALĖ KAIP „VIDINIO“ ELGESIO REGULIAVIMAS ... 83
9. MORALĖ – POZITYVIOJI NEPRIEVARTINĖ TVARKA ... 85
10. TEISĖ KAIP MORALĖS DALIS ... 85
11. MORALINĖS VERTĖS SANTYKINUMAS ... 86
12. TEISINIŲ IR MORALINIŲ TVARKŲ ATSKYRIMAS ... 88
13. MORALINIS TEISĖS PATEISINIMAS ... 89

III. TEISĖ IR MOKSLAS

14. TEISĖS NORMOS KAIP TEISĖS MOKSLO OBJEKTAS ... 91
15. STATINĖ IR DINAMINĖ TEISĖS TEORIJA ... 91
16. TEISĖS NORMA IR TEISĖS TAISYKLĖ ... 92
17. PRIEŽASTINGUMO MOKSLAS IR NORMŲ MOKSLAS ... 94
18. PRIEŽASTINGUMAS IR PRISIEJIMAS; GAMTOS DĖSNIS IR TEISĖS DĖSNIS ... 95
19. PRISIEJIMO PRINCIPAS PIRMYKŠČIO ŽMOGAUS MĄSTYME ... 99
20. PRIEŽASTINGUMO PRINCIPO KILIMAS IŠ ATPILDO PRINCIPO ... 100
21. PRIEŽASTINIS IR NORMATYVINIS SOCIALINIS MOKSLAS ... 101
22. PRIEŽASTINGUMO IR PRISIEJIMO PRINCIPŲ SKIRTUMAI ... 104
23. VALIOS LAISVĖS PROBLEMA ... 105
24. KITOKIE NEI ŽMONIŲ ELGESYS FAKTAI KAIP SOCIALINIŲ NORMŲ TURINYS 110
25. KATEGORINĖS NORMOS ... 111
26. PRIVALOMYBĖS NEIGIMAS; TEISĖ KAIP IDEOLOGIJA ... 112

IV. STATINIS TEISĖS ASPEKTAS

27. SANKCIJA ... 117
 a) Nacionalinės ir tarptautinės teisės sankcijos ... 117
 b) Deliktas (pažeidimas) – ne teisės neigimas,o jos sąlyga ... 119
28. TEISINĖ PRIEVOLĖ (PAREIGA) IR ATSAKOMYBĖ ... 121
 a) Teisinė pareiga ir sankcija ... 121
 b) Teisinė pareiga ir „privalomybė“ 123
 c) Atsakomybė ... 124
 d) Individuali ir kolektyvinė atsakomybė ... 126

e) Atsakomybė už kaltę ir absoliuti atsakomybė ... 126
f) Pareiga atlyginti žalą ... 127
g) Kolektyvinė atsakomybė kaip absoliuti atsakomybė ... 128

29. TEISĖ SUBJEKTYVIĄJA PRASME; TEISĖS IR ĮGALINIMAS ... 128
a) Teisė ir pareiga ... 128
b) *Jus ad rem* ir *Jus in personam* ... 131
c) „Teisė“ kaip juridiškai ginamas interesas ... 133
d) „Teisė“ kaip teisinė galia ... 134
e) „Teisė“ kaip pozityvus leidimas ... 137
f) Politinės teisės ... 137

30. VEIKSNUMAS; KOMPETENCIJA; „ORGANO“ SAMPRATA ... 142
a) Veiksnumas *(Handlungsfähigkeit)* ... 142
b) Kompetencija ... 144
c) „Organo“ samprata ... 145

31. TEISNUMAS *(RECHTSFÄHIGKEIT)*; ATSTOVAVIMAS ... 150

32. TEISINIS SANTYKIS ... 153

33. TEISĖS SUBJEKTAS; ASMUO ... 157
a) Teisės subjektas ... 157
b) Fizinis asmuo ... 159
c) Juridinis asmuo (korporacija) ... 160
d) Juridinis asmuo kaip veikiantis subjektas ... 162
e) Juridinis asmuo kaip pareigų ir teisių subjektas ... 163
Juridinio asmens pareigos ... 164
Juridinio asmens atsakomybė ... 167
Juridinio asmens teisės ... 169
f) Juridinis asmuo kaip pagalbinė teisės mokslo sąvoka ... 170
g) Teisių ir pareigų dualizmo panaikinimas ... 171

V. DINAMINIS TEISĖS ASPEKTAS

34. NORMATYVINĖS TVARKOS GALIOJIMO PAGRINDAS: PAMATINĖ NORMA ... 172
a) Galiojimo pagrindo paieškos prasmė ... 172
b) Statinis principas ir dinaminis principas ... 173
c) Teisinės tvarkos galiojimo pagrindas ... 175
d) Pamatinė norma kaip transcendentalinė-loginė prezumpcija ... 177
e) Loginė teisinės tvarkos vienovė; normų konkurencija ... 180
f) Legitimumas ir efektyvumas ... 182
g) Galiojimas ir efektyvumas ... 184
h) Tarptautinės teisės pamatinė norma ... 186
i) Pamatinės normos teorija ir prigimtinės teisės teorija ... 188
j) Prigimtinės teisės pamatinė norma ... 190

35. HIERARCHINĖ TEISINĖS TVARKOS STRUKTŪRA ... 191
a) Konstitucija ... 191

b) Įstatymų leidyba ir paprotys ... 193
c) Įstatymas ir ordonansas ... 196
d) Materialioji ir formalioji teisė ... 197
e) Vadinamieji teisės šaltiniai ... 199
f) Teisėkūra, teisės taikymas ir teisės laikymasis ... 199
g) Jurisdikcija ... 201
Konstitutyvus teismo sprendimo pobūdis ... 201
Teismo sprendimo santykis su taikomomis bendrosiomis teisės normomis ... 205
Vadinamosios teisės spragos ... 207
Bendrųjų teisės normų kūrimas, kai tai daro teismai; teisės lankstumas ir teisinis tikrumas ... 210
h) Teisinis sandoris ... 214
Teisinis sandoris kaip teisėkūros faktas ... 214
Sutartis ... 216
i) Administravimas ... 218
j) Skirtingo lygmens normų konkurencija ... 222
„Neteisėtas" teismo sprendimas ... 222
„Antikonstitucinis" įstatymas ... 224
k) Pripažinimas niekiniu ir nuginčijamumas ... 228

VI. TEISĖ IR VALSTYBĖ

36. TEISĖKŪRA IR VALDYMO FORMA ... 230

37. VIEŠOJI IR PRIVATINĖ TEISĖ ... 231

38. IDEOLOGINIS VIEŠOSIOS IR PRIVATINĖS TEISĖS DUALIZMO POBŪDIS ... 231

39. TRADICINIS VALSTYBĖS IR TEISĖS DUALIZMAS ... 233

40. IDEOLOGINĖ VALSTYBĖS IR TEISĖS DUALIZMO FUNKCIJA ... 234

41. VALSTYBĖS IR TEISĖS TAPATUMAS ... 234
a) Valstybė kaip teisinė tvarka ... 234
b) Valstybė kaip juridinis asmuo ... 237
Valstybė kaip veikiantis subjektas; valstybės organas ... 238
Atstovavimas ... 243
Valstybė kaip pareigų ir teisių subjektas ... 246
c) Vadinamasis valstybės įsipareigojimas; teisinė valstybė *(Rechtsstaat)* ... 252
d) Centralizacija ir decentralizacija ... 253
e) Teisės ir valstybės dualizmo panaikinimas ... 256

VII. VALSTYBĖ IR TARPTAUTINĖ TEISĖ

42. TARPTAUTINĖS TEISĖS ESMĖ ... 258
a) Teisinė tarptautinės teisės prigimtis ... 258
b) Tarptautinė teisė kaip pirmykštė teisinė tvarka ... 260
c) Tarptautinės teisės hierarchija ... 260
d) Netiesioginis įpareigojimas ir įgalinimas tarptautinėje teisėje ... 261

43. TARPTAUTINĖ TEISĖ IR NACIONALINĖ TEISĖ ... 263
a) Tarptautinės ir nacionalinės teisės vienovė ... 263
b) Tarptautinės ir nacionalinės teisės nekonkuravimas ... 264
c) Dviejų normų sistemų tarpusavio santykis ... 266
d) Monistinio konstrukto neišvengiamumas ... 266
Valstybės suteikiamas tarptautinės teisės pripažinimas: nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybė ... 266
Tarptautinės teisinės tvarkos pirmenybė ... 269
Dviejų monistinių konstruktų skirtumas ... 271

44. TEISĖS TEORIJA IR PASAULĖŽIŪRA ... 274

VIII. AIŠKINIMAS

45. AIŠKINIMO ESMĖ ... 277
a) Santykinis teisės taikymo akto neapibrėžtumas ... 277
b) Sąmoningas teisės taikymo akto neapibrėžtumas ... 278
c) Nesąmoningas teisės taikymo akto neapibrėžtumas ... 278
d) Taikytina teisė – tai rėmai ... 278
e) Vadinamieji aiškinimo metodai ... 279

46. AIŠKINIMAS KAIP VALIOS ARBA PAŽINIMO AKTAS ... 280

47. TEISĖS MOKSLO ATLIEKAMAS AIŠKINIMAS ... 281

GRYNOJI TEISĖS TEORIJA, TEISĖS SISTEMA IR VERTYBĖS: NORMATYVIZMO PARADIGMOS IŠŠŪKIS

Egidijus Kūris

I

Pristatant Lietuvos skaitytojui (ypač teisininkui) „Grynąją Teisės Teoriją", svarbiausią Hanso Kelseno knygą, reikia ne tik apibūdinti jos autorių bei tą kontekstą, kuriame jo teorija gimė ir gyvena, bet ir (galbūt pirmiausia!) pagrįsti, *kodėl* grynosios teisės teorijos[1] studijos reikalingos kiekvienam, siekiančiam sistemingo teisės pažinimo. Šiuo atžvilgiu pristatyti „Grynąją Teisės Teoriją" – užduotis lyg ir paprasta, bet kartu gana kebli. Paprasta, nes aiškinti, girdi „Grynosios Teisės Teorijos" vertimas į lietuvių kalbą yra būtinas, reikštų įrodinėti truizmą. Kelsenas, vienas iškiliausių visų laikų pasaulio teisininkų, priklauso tai plejadai teisės mokslo korifėjų, be kurių veikalų vertimų į savąsias kalbas bet kuri nacionalinė teisinė kultūra vargu ar gali būti laikoma tikrai pažengusia, gebančia suvokti save teisiniame universume ir racionaliai projektuoti savo tolesnę raidą nešališkos analizės pagrindu. Johnas Austinas, Jeremy's Benthamas, Haroldas J. Bermanas, Josephas W. Binghamas, Norberto Bobbio, Benjaminas Nathanas Cardozo, Ronaldas Coase'as, Morisas Raphaelis Cohenas, Jeanas Dabinas, Georgio Del Vecchio, Albertas Vennas Dicey, Yehezkelis Droras, Leonas Duguit, Émile'is Durkheimas, Ronaldas Dworkinas, Eugenas Ehrlichas, federalistai (Alexanderis Hamiltonas, Johnas Jay'us ir Jamesas Madisonas), Johnas Finnisas, Jerome'as Frankas, Lonas L. Fulleris, François Gény, Johnas Chipmanas Gray'us, Georgesas Gurvitchius, Jürgenas Habermasas, Herbertas Lionelis Adolphusas Hartas, Axelis Hägerströmas, Philippas Heckas, Wesley's Newcombas Hohfeldas, Oliveris Wendellis Holmesas jaunesnysis, Georgas Jellinekas, Rudolfas von Iheringas (Jheringas), Hermannas U. Kantorowiczius, Hansas Kelsenas, Karlas N. Llewellynas, Vilhelmas Lunstedtas, seras Henry's Sumneris Maine'as, Johnas Stuartas Millis, Robertas Nozickas, Karlas Olivecrona, Talcottas Parsonsas, Eugenijus Pašukanis, Leonas Petrażyckis, Richardas Posneris, Nicosas Poulantzasas, Roscoe Poundas, Georgas Friedrichas Puchta, Gustavas Radbruchas, Johnas Rawlsas, Josephas Razas, Karlas Renneris, Ernstas Roguinas, Alfas Rossas, Karlas Friedrichas von Savigny, Philipas Selznickas, Pitirimas Sorokinas, Rudolphas Stammleris, Williamas Grahamas Sumneris, Rober-

[1] Šiame straipsnyje „grynoji teisės teorija" rašoma mažosiomis raidėmis (išskyrus pačios knygos pavadinimą), nors pats Kelsenas nesikuklino net visus tris žodžius rašyti didžiosiomis raidėmis.

to Mangebeira Ungeris[2] – šių „moderniųjų"[3], visais atžvilgiais labai skirtingų autorių (nebūtinai teisininkų, bet ir filosofų, ir sociologų, ir politinių mąstytojų bei politikos mokslininkų, ir net istorikų), formavusių (ir *su*formavusių) įvairias (kartais tarp savęs aršiai konkuruojančias) teisės – unikalaus socialinio reiškinio – sampratas (arba kėlusius idėjas, dariusias tiesioginę įtaką *įvairioms* teisės sampratoms) ir šitaip padėjusių koncepcinį pagrindą visapusiškai sisteminei teisės analizei, sąrašas (jau neminint tokių „klasikų" kaip Aristotelis, šv. Augustinas, Benjaminas Constantas de Rebeque'as, Johanas Gottliebas Fichte, Georgas Wilhelmas Friedrichas Hegelis, Immanuelis Kantas, Johnas Locke'as, baronas de la Brede et de Montesquieu (Charlesas Louis de Secondat), Jeanas-Jacquesas Rousseau, šv. Tomas Akvinietis[4]) galėtų būti ilgesnis arba trumpesnis ir, nelygu kiekvienos nacionalinės teisinės kultūros konkreti patirtis, poreikiai ir galimybės turėti jų veikalus savo kalba, matyt, būtų galima svarstyti, kuo šį sąrašą derėtų papildyti arba ko į jį (galbūt tik kol kas) nereikėtų įtraukti. Tačiau tiesiog neįmanoma įsivaizduoti, kad net visiškai (iki „neišvengiamo minimumo") sutrumpintame šio sąrašo variante būtų praleistas Kelsenas. Kelsenas – vienas tokių teisės mokslininkų, kurių ryškiausi veikalai *privalo būti* prieinami bet kuria kalba (šiandien jie išversti į maždaug trisdešimt kalbų), – vadinasi, jie turi būti prieinami ne tik siaurai profesionalų grupei, bet ir kiekvienam, norinčiam būti bent kiek praprususiam teisės ir apskritai socialinėje žinijoje, suvokti visuomenės procesus ir tų procesų mechanizmus. Juk teisė (bent Vakarų pasaulyje, bet, matyt, ne tik jame) kaip tik ir yra vienas tokių mechanizmų; maža to, ji persmelkia visą socialinį gyvenimą, yra ypatinga socialinio gyvenimo sutvarkymo forma, pasak Sorokino, yra kiekvienos socialiai organizuotos grupės ar institucijos skeletas arba, pasak Ehrlicho, savotiškas viso socialinio gyvenimo karkasas.

Kelsenas padarė milžinišką įtaką tokiai gausybei Vakarų (ir ne tik Vakarų) teisininkų[5] (pridurkime: ir filosofų bei politikos mokslininkų), kad be didesnių išlygų galima teigti, jog teisinio teorinio mąstymo tradicija ir teisės samprata Vakarų pasaulyje be Kelseno būtų rutuliojusis bent kiek kitaip. Teisės teorija ilgus šimtmečius blaškėsi tarp, viena, bandymų suformuluoti moralinius ar kokius nors kitokius vertybinius reikalavimus valstybės kuriamai teisei bei su šiais bandymais susijusio jurisprudencijos „supynimo" su įvairiais socialiniais ir humanitariniais mokslais ir, antra, vis akivaizdesnės būtinybės pripažinti, jog, pragmatiškai žvelgiant, šie bandymai visada buvę gana bevaisiai, nes net neteisingiausia, amoraliausia valstybės oficialiai nustatyta tvarka nepraranda *teisiškumo*, todėl jurisprudencija turi savo dėmesį sutelkti būtent į ją, o moralę palikti etikams, isto-

[2] Įvairūs autoriai čia vardijami abėcėlės tvarka, idant būtų išvengta bet kokio jų „rūšiavimo" pagal tikrą ar tariamą „reikšmingumą". Pažymėtina, kad joks nuoseklus chronologinis jų išvardijimas neįmanomas.

[3] „Modernumo" sąvoka čia labai sąlygiška, tačiau visi nurodyti autoriai kūrė XVIII a. pabaigoje ir vėliau.

[4] Jau minėtais sumetimais autoriai vardijami abėcėlės tvarka.

[5] Paminėtina, kad Kelseno mokiniai (be kitų įžymybių) buvo Charlesas Eisenmannas, Felixas Kaufmannas, Luizas Legazas y Lecambra, Adolfas Merklis, Alfas Rossas, Frizas Sanderis, Alfredas Verdrossas, Erichas Voegelinas, Franzas Weyras. Nuolatinius mokslinius kontaktus Kelsenas palaikė ne tik su didžiausiais teisės mokslo autoritetais, bet ir su politikos bei socialinių mokslų atstovais – Maxu Adleriu, Otto'u Baueriu, Ludwigu von Misesu, Josephu Schumpeteriu ir kt.

riją – istorikams ir t. t. Tarp šių dviejų „stulpų" bepasiklystanti teisės teorija anksčiau ar vėliau turėjo sulaukti radikalaus siūlymo šį blaškymąsi nutraukti – požiūrio, kad nėra ir negali būti jokios kitos *teisės,* išskyrus pozityviąją, kad „vienintelė" teisė, turinti ir galinti būti teisininko profesijos dalyku, kaip tik ir yra teisė (nesvarbu, teisinga ar neteisinga), kuriama (arba kitaip sankcionuojama) valstybės. Neabejotina, kad jeigu ne Kelsenas, tai kas nors kitas anksčiau ar vėliau neišvengiamai būtų suformulavęs nuoseklią nuo vertybinių stereotipų išvaduotą, antiideologinę, objektyvistinę, kitaip tariant, *grynąją,* teisės teoriją. Tačiau tai padarė būtent Kelsenas, ir jau vien dėl to jo „Grynoji Teisės Teorija", kurioje minėtas požiūris nuodugniai pagrindžiamas, laikytina posūkio tašku analitinėje jurisprudencijoje ir apskritai teisės moksle, išties „epochos veikalu", o jo autorius nusipelno išskirtinio pripažinimo. Kaip angliškai kalbančiame pasaulyje (bendrosios teisės tradicijoje) Hartas, lygiai taip pat kontinentinėje Europoje (romanų-germanų, arba civilinės teisės, tradicijoje) Kelsenas teisinės teorinės minties raidą pakreipė taip, kad tolesnės teisės prigimties ir teisės sistemos studijos *privalėjo* būti polemika su jų idėjomis – arba jų akceptavimas ir tolesnis plėtojimas, arba dalinis koregavimas, arba argumentuota kritika ir eventualus atmetimas, tačiau ignoruoti jas jau buvo neįmanoma; pažymėtina, kad „geografinis kriterijus" (angliškai kalbančio pasaulio priešprieša kontinentinei Europai) čia itin sąlygiškas, nes abu minėti autoriai, kiekvienas neatitrūkdamas nuo savosios kultūrinės terpės ir atsiremdamas į savosios kultūros intelektinę patirtį, galiausiai formavo ne kokią nors „nacionalinę", ne partikuliarinę, bet *universalią teisės sampratą visai Vakarų teisės tradicijai,* visiems jos kraštams. Ir Jungtinėse Amerikos Valstijose, ir Vokietijoje, ir Prancūzijoje, ir Didžiojoje Britanijoje, ir Skandinavijoje, ir Izraelyje, ir Pietų Afrikoje, ir Lotynų Amerikoje, ir Rusijoje, ir, pabrėžkime, Vidurio ir Rytų Europoje, ir bet kur kitur Vakaruose (Vakarų sąvoka čia vartojama ne geografine, bet kultūrine ir intelektine prasme) teisės teorijos studijos „be Kelseno" (kaip ir „be Harto") būtų nevisavertės, jos prarastų savo šerdį, savastį, tą pagrindą, kuriuo teisės teorijos mokslas (o kartu ir teisės mokslas apskritai) susiformavo toks, koks šiandien yra – pažymėtas ryškiu Kelseno normatyvizmo ir Harto neopozityvizmo antspaudu. Trumpai tariant, grynosios teisės teorijos analizė (vadinasi, *pirmiausia* Kelseno „Grynosios Teisės Teorijos" analizė!) yra būtina prielaida gyvuoti ir plėtotis teisės teorijai kaip mokslui ir kaip universitetinei akademinei disciplinai. Juk net tų, kieno normatyvizmo studijos apsiribojo tik keliomis eilutėmis teisės pagrindų vadovėlyje, ausis tikriausiai bus pasiekę epitetai „įtakingiausias XX a. teisininkas" arba tiesiog „XX a. Teisininkas" (kaip kartais Savigny tituluojamas „XIX a. Teisininku"). Tad dar kaip nors papildomai reklamuoti Kelseną net nepatogu: banalu įtikinėti, kad Kelsenas – nepaprastas teisės teoretikas, kad be jo teisės teorija nebūtų tokia, kokia ji šiandien yra, kad jo mokymo reikšmė teisės teorijai ypatinga ir pan. Tereikia perskaityti „Grynąją teisės teoriją", ir tai bus aišku kaip ant delno.

Kalbant apie „Grynosios Teisės Teorijos" lietuviškojo vertimo svarbą, ypač turint galvoje, kokiu metu ši knyga pasirodo lietuviškai, toli gražu ne mažiausią reikšmę turi ir tai, kad Lietuva, kaip ir kitos šio regiono valstybės, šiandien išgyvena nacionalinės tei-

sės reformavimo laikotarpį. Šis procesas yra visa apimantis. Viena vertus, efektyvios teisės poreikis primygtinai verčia visuomeninius santykius ir procesus reguliuoti taip, kad šis reguliavimas kuo labiau atitiktų tautos mentalitetą ir giluminius nacionalinio gyvenimo būdo bruožus; kitaip tariant, efektyvios teisės poreikis skatina *autentiškos* teisės paieškas. Kita vertus, šalies eurointegracinės aspiracijos įsakmiai verčia ne tik formaliai perimti (kitaip tariant, nukopijuoti) galiojančią Europos teisę bei nacionalinėje teisėje įtvirtinti tarptautinėje jurisprudencijoje suformuluotus bendruosius teisės principus, bet ir *perimti* visą Europos ir apskritai Vakarų teisinį palikimą, neišskiriant nė mokslinio doktrininio. Tenkintis vien vadinamuoju baltiškuoju palikimu (neretai pernelyg romantizuojamu, beveik supoetinamu) šiandien jau ne tik per maža, bet ir neproduktyvu, netgi *kontrproduktyvu*: išties nerimta būtų išradinėti dviratį, kai jau išrasti erdvėlaiviai ir, be to, kai savieji „dviračių konstravimo" pajėgumai yra, švelniai tariant, kuklūs. Teisės teorijos ir apskritai teisės mokslo potencialas (nepaisant kai kurių ryškių išimčių) Lietuvoje niekuomet nebuvo itin galingas (tikėkimės, kad tik kol kas), vadinasi, čia nebuvo vienos svarbiausių teisės (ir teisinės) sistemos racionalaus inkrementinio augimo prielaidų. Naivu būtų tikėtis, kad tas potencialas imtų ir atsirastų tarsi „pats iš savęs"; jį įmanoma sukaupti tik perimant tai, kas jau sukurta sekant didžiųjų epochos teisininkų, taigi ir (nors, žinoma, ne tik) Kelseno, nutiesta teisinio argumentavimo gija. Tik tai gali duoti geidaujamų vaisių. Ir jau duoda. Antai konstitucinės kontrolės mechanizmas Lietuvoje šiandien yra kur kas artimesnis Kelseno konstitucijos viršenybės ir konstitucijos funkcijų sampratai nei XX a. 4-ajame dešimtmetyje nutrūkusiai pačios Lietuvos konstitucinei tradicijai, kai tik keletas mokslininkų rimčiau svarstė konstitucinės patikros galimybę: konstitucinės kontrolės mechanizmas, remiantis kitų Europos šalių (Austrijos, Italijos, Lenkijos, Vokietijos ir kt.) patirtimi, šių dienų Lietuvoje buvo transplantuotas iš tų šalių perėmus tai, kas jose buvo sukurta sekant būtent Kelseno mokymu, taigi – perėmus tai, kas buvo kildinama *tiesiogiai* iš grynosios teisės teorijos; vadinasi, lietuviškasis konstitucinės kontrolės mechanizmas *netiesiogiai* taip pat yra grynosios teisės teorijos aplikacijos apraiška. Šiuo požiūriu mes jau veikiame, gyvename „pagal Kelseną", ir tai yra taip natūralu, kad dažnai nė neklausiama, iš kur visa tai kilo ir kas bei kaip pagrindė tokio mechanizmo tikslingumą; kai kas galbūt nustebtų (taip, kaip vienas Molière'o personažas, visą gyvenimą kalbėjęs proza, labai nustebo, kad jis kalbėjo tam tikru literatūrinės kalbos stiliumi) sužinojęs, kad visa tai kažkas *sukūrė*: ne tik ir ne tiek *sugalvojo*, bet, svarbiausia, *pagrindė* geležine nuoseklaus argumentavimo logika. Šis gana „autonomiškas" pavyzdys liudija, jog Kelsenas ne tik įdomus skaityti; jis *produktyvus*, nes generavo idėjas, kurios įtikina ir sugeba tapti kūnu. Galbūt nebus pernelyg didelė erezija teigti, kad ir Kelseno samprotavimai apie nacionalinės ir tarptautinės teisės santykį, apie valstybių suvereniteto apribojimą, apie tarptautinių sutarčių galią tiesiogiai susisieja su šiandien Europoje vykstančiais integracijos (ne paskutinėje vietoje – teisinės integracijos) procesais. Nors kategoriškai tvirtinti dar šiek tiek per anksti, bet netolima ateitis, matyt, parodys, ar ir šiuo atžvilgiu Kelsenas neaplenkė laiko; jeigu taip, tai čia, matyt, irgi yra ko pasimokyti (o gal ir nustebti), kaip, išliekant neutraliam *bet kokių* politinių, moralinių ir kitokių verty-

binių nuostatų atžvilgiu (tiek, kiek tai apskritai įmanoma žmogui[6]) ir remiantis objektyvistine, grynai teisine logika, įmanoma analitiniu mąstymu projektuoti visos tarptautinės bendruomenės ir ją sudarančių valstybių politinę ateitį. Grynoji teisės teorija (kurią, beje, kaip ir bet kurią teoriją, pravartu vertinti kritiškai) leidžia *prognozuoti* ir *modeliuoti* valstybės raidos strategiją ir šitaip padeda *spręsti* kasdienes valstybės problemas.

Tačiau Lietuvos teisininkams Kelsenas toli gražu nėra visiška *terra incognita*; dėl to Lietuvos skaitytojui pristatyti „Grynąją Teisės Teoriją" yra šiek tiek keblu. Vertinant Kelseną ir jo mokymą jau yra susiformavę tam tikri stereotipai. Kelseno pavardė teisės studentams žinoma jau nuo pirmojo kurso; tiesa, ji paprastai žinoma ne iš originalaus teksto studijų, bet veikiau iš paskaitų, o šios savo ruožtu neretai remiasi ne paties Kelseno veikalų analize, bet itin gausių jo komentatorių publikacijų santraukomis ar atpasakojimais, pateikiamais *įvairių* mokymų apie teisę apžvalgai skirtuose storesnių ar plonesnių teisės teorijos vadovėlių skyriuose. Gal šiek tiek geriau (iš tarptautinės teisės studijų) Lietuvos teisininkams žinomos Kelseno nacionalinės ir tarptautinės teisės santykio idėjos (vadinamoji monistinė teorija), bet nacionalinės ir tarptautinės teisės santykio problema – tik didžiulės mozaikos fragmentas, tik vienas Kelseno mokymo apie teisę elementų, kurio žinojimas (jeigu jis ne paviršutiniškas), aišku, pagirtinas, bet anaiptol neatperka grynosios teisės teorijos, kaip nuoseklios idėjų ir jas pagrindžiančių argumentų visumos, išmanymo stokos. Šiuo atžvilgiu Kelseno darbai, neišskiriant nė „Grynosios Teisės Teorijos", – nelyginant kokio antikos autoriaus ar klasikinės filosofijos grando darbai, ankstyvųjų viduramžių epas, Koranas, Gedimino laiškai, Nostradamuso pranašystės, Marxo raštai, Freudo psichoanalizė, Einsteino reliatyvumo teorija: visi (lyg ir) yra apie „tai" girdėję (ir net turi nuomonę apie „tai"!), bet nedaug kas yra skaitęs, juolab rimčiau studijavęs, analizavęs. Bene visi teisininkai žino Kelseno pavardę bei tai, kad yra tokia „grynoji teisės teorija", ir tikrai visi žino sąvokas „pozityvioji teisė" ir „normatyvizmas", tūlas yra perėmęs mintį, kad teisė – tai suderinta privalomų normų sistema, absoliuti dauguma teisininkų į teisę žvelgia kaip į valstybės nustatytas normas ir savo praktikoje orientuojasi pirmiausia į jas, o ne į sunkiai identifikuojamą prigimtinę teisę ar į daug ginčų keliančią teisingumo idėją, bet nedaug kas yra pats nuo pradžios iki galo „perėjęs" visą Kelseno argumentavimo seką, pagrindžiančią pozityvizmą ir normatyvizmą.

Bet imkime ir paklauskime: ką gi „statistinis" Lietuvos teisininkas iš tikrųjų žino apie grynąją teisės teoriją? Apibendrinant – ne tiek jau daug. Teisė susideda iš normų. Esminis teisės normų bruožas yra tai, kad valstybė nustato sankciją už jų pažeidimą: teisės normų efektyvumą galiausiai užtikrina galimybė taikyti valstybės prievartą pažeidėjui. Tuo teisės normos skiriasi nuo moralės normų, tad teisės nevalia suplakti su visuomenės vertybėmis: nemorali ir neteisinga teisė nė kiek ne „mažiau" yra teisė nei ta, kurią žmonės laiko moralia ir teisinga. Svarbiausias, iš esmės vienintelis dėmesio vertas dalykas teisėje yra jos normų tarpusavio ryšiai. Teisės normų privalomumo negalima kildinti iš politinės valios. Normų privalomumą galima pagrįsti tik normomis. Žemesnės teisinės galios normas diktuoja, jų turinį lemia aukštesnės galios normos. Taigi pati teisė reguliuoja savo kūrimą. Kadangi

[6] Pats Kelsenas, nors to atvirai ir nedeklaravo, simpatizavo socialdemokratams.

žemesnės normos kyla iš aukštesnių, visos teisės normos sudaro griežtą hierarchinę sistemą. Šios hierarchijos pagrindas – pamatinė norma (*Grundnorm*). Kelsenas konstruoja teisės sistemą kaip gigantišką piramidę, kurioje einama nuo bendriausios – pamatinės – normos prie vadinamųjų individualiųjų normų, kuriomis remiantis jokios normos jau nėra kuriamos. Pamatinė norma konstituoja visą teisinę tvarką, ji yra konstitucija. Konstitucija – visų teisės normų teisėtumo ir galiojimo kriterijus, matas: valstybėje apskritai negali *galioti* jokia teisės norma, priešinga konstitucijai. Tačiau teisinė tvarka neapsiriboja nacionaline teise. Virš nacionalinės teisės yra dar tarptautinė teisė, kuri nėra visiškai atskira teisės sistema, bet yra susijusi su nacionalinėmis teisinėmis tvarkomis taip, kad jos visos kartu sudaro visuminę teisinę tvarką. Laikydamosi tarptautinių sutarčių (*pacta sunt servanda*), pripažindamos tarptautinę teisę, valstybės tarsi paverčia tarptautinę teisę savo nacionalinės teisės dalimi. Paklusdamos tarptautinei teisei, valstybės susiaurina, apriboja savo suverenitetą, atsisako tam tikros jo dalies; vadinasi (priešingai įsigalėjusiems stereotipams), valstybių suverenitetą suvaržo ne tarptautinė teisė, o pačios suverenios valstybės: juk savo suverenitetą jos gali apriboti kaip tik dėl to, kad yra suverenios. O ta apimtimi, kuria valstybės savo suvereniteto pačios neapribojo, neatsisakė tarptautinės teisės naudai, jis ir toliau priklauso joms; taigi šioje srityje valstybės turi visišką veikimo laisvę.

Tai – beveik konspektas to, kas apie Kelseną dėstoma teisės studentams Lietuvoje, tų kelių puslapių, kurie negausioje lietuviškoje (originalioje) teisės literatūroje skirti Kelsenui, reziumė[7]. Kad tai ne itin daug, matyti perskaičius „Grynąją Teisės Teoriją". O jeigu dar turėsime galvoje, kad „Grynoji Teisės Teorija" – tik vienas iš beveik keturių šimtų Kelseno straipsnių ir knygų (vien knygų, neskaičiuojant nedidelių brošiūrų, išleista beveik dvidešimt; kai kurie bibliografai, naujus leidimus, pakartotines publikacijas bei kai kuriuos vertimus traktuojantys kaip atskirus veikalus, iš viso priskaičiuoja beveik septynis šimtus Kelseno veikalų[8]), bus aišku, kad ir „Grynoji Teisės Teorija" negali atskleisti

[7] Pvz., žr.: E. Jarašiūnas. Konstitucinės justicijos studijų įvadas, arba L. Favoreu „Konstituciniai teismai". – L. Favoreu. *Konstituciniai teismai.* Vertė E. Jarašiūnas. Vilnius: Garnelis, 2001, p. 9; A. Jaščenka. *Tarptautinės teisės kursas.* I tomas. *Konstitucinė tarptautinė teisė.* Kaunas: Vytauto Didžiojo universiteto Teisių fakultetas, 1931, p. 14–15, 110, 124 ir *passim.*; E. Kūris. Politinių klausimų jurisprudencija ir Konstitucinio Teismo *obiter dicta:* Lietuvos Respublikos Prezidento institucija pagal Konstitucinio Teismo 1998 m. sausio 10 d. nutarimą. – *Politologija,* 1998, Nr. 1, p. 16–18; P. Kūris. *Tarptautinės teisės teorijos pagrindai.* Vilnius: Mintis, 1972, p. 45–47; P. Kūris, M. Požarskas. *Tarptautinės teisės apybraižos.* Vilnius: Mintis, 1985, p. 68–69 ir *passim.*; D. Mikelėnienė, V. Mikelėnas. *Teismo procesas: Teisės aiškinimo ir taikymo aspektai.* Vilnius: Justitia, 1999, p. 37–38; M. Römeris. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė.* I dalis. *Valstybė.* I tomas. Kaunas: Vytauto Didžiojo universiteto Teisių fakultetas, 1934, p. 277–285 ir *passim.*; Id. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė.* II dalis. *Konstitucinės institucijos.* I tomas. *Suverenitetas.* Kaunas: Vytauto Didžiojo universiteto Teisių fakultetas, 1939, p. 224–226; V. Vadapalas. *Tarptautinė teisė.* Vilnius: Eugrimas, 1998, p. 45–47; A. Vaišvila. *Teisės teorija.* Vilnius: Justitia, 2000, p. 83–86. Gal tik M. Römeris skyrė Kelsenui kiek daugiau dėmesio, bet tai buvo dar iki šiam parašant savo žymiausius teisės teorijos darbus, taigi ir iki Kelseno įtakai pasiekiant apogėjų. Užtat P. Leonas savo teisės teorijos veikaluose Kelseną apskritai ignoravo.

[8] Pvz., plg.: R. A. Métall. *Hans Kelsen: Leben und Werk.* Wien: Deuticke, 1969, S. 122–161; Id. *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion.* Wien: Manz, 1982, S. 215–221. Tiksliausia laikoma Roberto Walterio sudaryta bibliografija, kurioje nurodyti 387 veikalai (žr.: R. Walter. *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft.* Wien: Manz, 1985, p. 27–107).

viso Kelseno kūrybos spektro. Be to, nors šiuo vertimu Kelsenas Lietuvos skaitytojui pristatomas pirmiausia kaip teisės teoretikas, teisės teorijai *per se* yra skirta tik apie ketvirtadalį jo darbų; ne ką mažiau jų skirta (atitinkamai) tarptautinei teisei ir konstitucinei teisei, o likęs ketvirtadalis – politinei teorijai, socialinei teorijai ir teisingumo teorijai. Nedaug mokslininkų (ne tik teisės srityje) buvo tokie produktyvūs, svarbiausia – produktyvūs taip ilgai. Kelsenui buvo lemta kurti daugiau nei šešis dešimtmečius.

II

Hansas Kelsenas gimė 1881 m. spalio 11 d. Prahoje iš Galicijos atvykusių žydų šeimoje. 1883 m. jo tėvai persikelia į Vieną. Čia prabėga Hanso vaikystė ir jaunystė; čia jis lanko mokyklą. 1990–1901 m. tarnauja Austrijos-Vengrijos kariuomenėje. Atlikęs karo tarnybą, 1901 m. įstoja į Vienos universitetą studijuoti teisės. 1905 m. išleidžia pirmąją savo monografiją „Dante'ės politinė teorija"[9]. 1906 m. apgina daktaro disertaciją. 1908 m. išvyksta į Heidelbergo universitetą ir tris semestrus jame paskiria tyrimams. Grįžęs į Vieną dėsto Eksporto akademijoje (1909–1910 m.). Daugiau kaip šešerių metų tyrimus paskelbia monografijoje „Svarbiausios valstybės teorijos problemos" (1911 m.)[10] (grynosios teisės teorijos pamatai buvo padėti jau šiame veikale). Minėtą veikalą pateikęs habilitacijai (t. y. leidimui skaityti paskaitas universitete) gauti, 1911 m. tampa Vienos universiteto Teisės fakulteto privatdocentu. 1912 m. veda, susilaukia dviejų dukterų (g. 1914 ir 1915 m.). 1914 m. įsteigia „Austrijos viešosios teisės žurnalą", tačiau jo išeina tik trys numeriai. Prasidėjus Pirmajam pasauliniam karui Kelsenas pašaukiamas į karo tarnybą (1914 m.); tarnauja daugiausia Karo ministerijoje Vienoje (yra karo ministro patarėjas teisės klausimais). Dar būdamas karo tarnyboje, 1917 m., tampa Vienos universiteto Teisės fakulteto asocijuotu profesoriumi, o 1919 m. – viešosios ir administracinės teisės profesoriumi; šias pareigas eina iki 1930 m. (tais metais jis išvyksta iš Austrijos). 1919 m. įsteigia ir ima redaguoti „Viešosios teisės žurnalą" (eina iki 1944 m., tačiau jau nuo 1934 m. Kelsenas neprisideda prie jo leidimo).

Pasibaigus Pirmajam pasauliniam karui Kelseno biografijoje įvyksta reikšmingas posūkis. Austrijos-Vengrijos valstybė nustoja egzistavusi; susikuria Austrijos Respublika. Renneris, vienas didžiausių to meto teisės sociologijos autoritetų Europoje (beje, marksistas), tampa Austrijos kancleriu[11] ir paveda Kelsenui parašyti Austrijos Konstituciją; šis nedvejodamas imasi šio darbo. Konstitucija priimama 1920 m. spalio 1 d.

1919 m. Austrijoje įsteigiamas Aukštasis Konstitucinis Teismas. Tai pirmasis konstitucinis teismas pasaulyje, todėl kontinentinėje Europoje paplitęs koncentruotos konstitu-

[9] H. Kelsen. *Die Staatslehre des Dante Alighieri*. Tübingen: Mohr, 1905. Toliau nurodomos toli gražu ne visos Kelseno knygos, juolab brošiūros ir kiti mažesni „atskiri" leidiniai, kurie skaičiuojami dešimtimis. Be to, daugelio „didžiųjų" veikalų yra ne po vieną leidimą.

[10] H. Kelsen. *Hauptprobleme der Staaslehre entwickelt aus Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: Mohr, 1911.

[11] 1945–1950 m. – Austrijos Respublikos Prezidentas.

cinės kontrolės modelis dažnai vadinamas „austriškuoju modeliu" arba – personifikuojant – „Kelseno modeliu". Tiesą sakant, Konstitucinis Teismas Austrijoje nebuvo sukurtas visiškai tuščioje vietoje, nes šioje šalyje dar nuo 1867 m. veikė konstitucinę jurisdikciją turintis Imperijos Tribunolas, į kurį piliečiai galėjo kreiptis su skundais dėl savo pažeistų teisių gynimo[12]. Tačiau konstitucinis teismas pagrįstai laikomas Kelseno „išradimu", jo intelektinės veiklos produktu – visų pirma dėl to, kad Kelsenas, remdamasis savo aistringai propaguota konstitucijos, kaip pamatinės normos, samprata, pašalina abejones dėl konstitucinio teismo nesuderinamumo su valdžių padalijimu[13]. Šiuo požiūriu itin reikšmingas Kelseno darbas – pranešimas „Teisminės peržiūros prigimtis ir raida", 1928 m. balandį perskaitytas Vokiečių viešosios teisės dėstytojų asociacijos suvažiavime.

1921 m. Kelsenas iki gyvos galvos paskiriamas Konstitucinio Teismo teisėju ir tampa pirmuoju nuolatiniu jo pranešėju. 1926–1928 m. Konstituciniame Teisme nagrinėjamos vadinamosios dispensos bylos: bendrosios kompetencijos teismai nusprendžia, kad administracinių institucijų dispensos, leidžiančios dar kartą tuoktis, yra neteisėtos. Konstitucinis Teismas šiuo klausimu užima priešingą poziciją ir minėtus bendrosios kompetencijos teismų sprendimus panaikina, o Kelsenas čia griežia pirmuoju smuiku. Tačiau Romos katalikų bažnyčios požiūrį į ištuokas ir naują santuoką nesunku numatyti. Reaguodama į šiuos Konstitucinio Teismo sprendimus, įtakinga Krikščionių socialinė partija ima puoselėti planus pašalinti Kelseną iš Konstitucinio Teismo; tam net sumanoma įvykdyti plačią „konstitucinę reformą", ir 1929 m. tai padaroma. 1930 m. Kelsenas drauge su kitais Konstitucinio Teismo teisėjais atsistatydina. Belieka pridurti, kad 1934 m. Austrijos Konstitucinis Teismas dar kartą „reformuojamas": jis sujungiamas su Administraciniu Teismu ir įkuriamas vienas Federalinis Teismas, o po anšliuso ir šis panaikinamas.

1920–1930 m. – vieni produktyviausių Kelseno, kaip mokslininko, biografijoje. 1920 m. pasirodo net trys jo monografijos: „Suvereniteto problema ir tarptautinės teisės teorija"[14], „Socializmas ir valstybė"[15] ir „Apie demokratijos prigimtį ir vertingumą"[16]. 1922 m. Kelsenas ima redaguoti monografijų seriją „Vienos konstitucinės teisės ir politikos studijos" (tai daro iki 1929 m.). 1922 m. jis išleidžia dvi monografijas: „Valstybės sociologinės ir teisinės koncepcijos"[17] ir „Teisės mokslas ir teisė"[18], o 1923 m. – dar vieną: „Austrijos konsti-

[12] L. Favoreu. Op. cit., p. 38.

[13] „Pradžioje buvo Kelsenas", – rašo L. Favoreu (cit. iš: E. Jarašiūnas. Loc. cit.) Taip pat žr.: L. Favoreu. Op. cit., p. 23–26; E. Kūris. Loc. cit.

[14] H. Kelsen. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: Mohr, 1920.

[15] H. Kelsen. *Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*. Leipzig: Hirschfeld, 1920.

[16] H. Kelsen. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr, 1922. Tai vienintelis Kelseno veikalas, ligi šios išverstas į lietuvių kalbą (žr.: H. Kelzenas. *Demokratijos esmė ir vertė*. Vertė G. Žukas. – A. Degutis (sud.). *Trys idėjos: Nepriklausomybė, demokratija, viešumas*. Vilnius: Mintis, 1990).

[17] H. Kelsen. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. Tübingen: Mohr, 1922.

[18] H. Kelsen. *Rechtswissenschaft und Recht: Eriedigung Eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik"*. Wien & Leipzig: Deuticke, 1922.

tucinė teisė“[19]. 1925 m. pasirodo Kelseno monografija „Bendroji valstybės teorija“ (pavadinimas kartais verčiamas „Bendroji politinė teorija“)[20]. 1926 m. Brno, Čekoslovakijoje, kartu su Duguit ir Franzu Weyru ima leisti (prancūzų ir vokiečių kalbomis) „Tarptautinį teisės teorijos žurnalą“ (iki 1939 m. išeina 13 numerių). 1926 m. Kelsenas skaito paskaitas Hagos tarptautinės teisės akademijoje (vadinamasis Kelseno pirmasis Hagos paskaitų ciklas). Jis taip pat skaito pranešimus daugelyje mokslinių konferencijų (vienas žinomiausių yra jau minėtas „Teisminės peržiūros prigimtis ir raida“).

Atsistatydinęs iš Konstitucinio Teismo, Kelsenas priima Kelno universiteto kvietimą tapti šio universiteto viešosios tarptautinės teisės profesoriumi. 1931 m. išspausdina brošiūrą „Kas turi būti Konstitucijos sergėtojas?“ (tai atsakymas Karlui Schmittui). 1932 m. vėl skaito paskaitas Hagos tarptautinės teisės akademijoje (vadinamasis Kelseno antrasis Hagos paskaitų ciklas). 1932 m. tampa Kelno universiteto Teisės fakulteto dekanu, bet naciams atėjus į valdžią atleidžiamas (1933 m. balandį) iš universiteto dėl savo žydiškos kilmės. 1933 m. gegužę Kelsenas išrenkamas Amerikos menų ir mokslų akademijos užsienio garbės nariu. Jis kviečiamas dėstyti Ženevos aukštesniųjų tarptautinės teisės studijų institute; kvietimą priima ir išvyksta į Šveicariją.

1934 m. Kelsenas išleidžia monografiją „Grynoji Teisės Teorija“[21] – kol kas tik nedidelę knygelę. Per kelerius metus ji išverčiama į japonų, bulgarų, portugalų ir ispanų kalbas (netrukus po Antrojo pasaulinio karo – ir į kinų, korėjiečių, italų ir prancūzų, o dar vėliau[22] – į arabų, vengrų ir anglų). 1936 m. Kelsenui suteikiamas Utrechto ir Harvardo universitetų garbės daktaro vardas. Jam siūlomos profesoriaus pareigos jo gimtosios Prahos Karolio universitete (neatsisakant pareigų Ženevoje), ir 1936–1937 m. jis šiuo siūlymu bando pasinaudoti, bet dėl išsikerojusio antisemitizmo ir grasinimų susidoroti šis sumanymas jau, deja, neįgyvendinamas. 1940 m., Europoje siaučiant karui, Kelsenas išvyksta į Jungtines Amerikos Valstijas.

JAV Kelsenas gauna stipendiją iš Rockefellerio fondo ir dirba Harvardo universitete tyrėju. Harvardo Teisės mokykloje skaito Oliverio Wendellio Holmeso paskaitas, kurias 1942 m. išleidžia atskira knyga „Teisė ir taika tarptautiniuose santykiuose“[23]. 1941 m. Čikagos universitetas jam suteikia garbės daktaro vardą. 1942 m. Kelsenas – Velslio koledžo Mary Whiton Calkins profesorius, 1942–1945 m. Kalifornijos universiteto Berklyje kviestinis dėstytojas. Tuo metu jis išleidžia dar dvi monografijas: „Į taiką per teisę“ (1944 m.)[24] ir „Bendroji teisės ir valstybės teorija“ (1945 m.)[25]. 1945 m. Kelsenas dirba

[19] H. Kelsen. *Österreichisches Staatsrecht*. Tübingen: Mohr, 1923.

[20] H. Kelsen. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1925.

[21] H. Kelsen. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig & Wien: Deuticke, 1934.

[22] T. y. jau po to, kai pasirodė antrasis „Grynosios teisės teorijos“ leidimas ir jo vertimai į įvairias kalbas.

[23] H. Kelsen. *Law and Peace in International Relations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1942.

[24] H. Kelsen. *Peace through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

[25] H. Kelsen. *The General Theory of Law and State*. Trans. A. Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1945 (grindžiama jo ankstesniais veikalais, išleistais vokiečių ir prancūzų kalbomis).

Jungtinių Tautų Karo nusikaltimų komisijos patarėju teisės klausimais. 1945 m. pakviečiamas į Kalifornijos universiteto Berklyje Politikos mokslų katedrą ir iki 1952 m. yra jos profesorius. Iš pareigų pasitraukia perskaitęs atsisveikinimo paskaitą „Kas yra teisingumas?“ Prieš atsisveikindamas su vienu žymiausių savo profesorių Kalifornijos universitetas Berklyje Kelsenui suteikia garbės daktaro vardą.

Būdamas profesoriumi Berklyje, Kelsenas parašo ir išleidžia monografijas „Visuomenė ir gamta“ (1946 m.)[26], „Bolševizmo politinė teorija: Kritinė studija“ (1949 m.)[27], „Jungtinių Tautų teisė: Jos pamatinių problemų kritinė analizė“ (1950 m.)[28] ir „Tarptautinės teisės principai“ (1952 m.)[29]. Tuo metu garbės profesoriumi jį paskiria Vienos (1947 m.) ir Rio de Žaneiro (1949 m.) universitetai, o Meksikos valstybinis universitetas 1951 m. suteikia Kelsenui garbės daktaro vardą.

Baigęs ordinarinio profesoriaus karjerą, Kelsenas nenutraukia dėstymo, juo labiau mokslinės veiklos. 1952–1953 m. jis – kviestinis profesorius Ženevos aukštesniųjų tarptautinės teisės studijų institute; 1953 m. vėl skaito paskaitas Hagos tarptautinės teisės akademijoje (vadinamasis Kelseno trečiasis Hagos paskaitų ciklas); 1953–1954 m. – kviestinis tarptautinės teisės profesorius Jungtinių Valstijų karinių jūrų pajėgų koledže (Njuportas, Rod Ailendo valstija); Čikagos universitete skaito Walgreeno paskaitas „Demokratijos pagrindai“. 1955 m. dar išleidžia monografiją „Komunistinė teisės teorija“[30], 1957 m. – „Kolektyvinis saugumas pagal tarptautinę teisę“[31] ir straipsnių rinkinį „Kas yra teisingumas?“[32] 1960 m. Kelsenui įteikiama prestižinė Italijos akademijos Feltrinelli'o premija. Tais pačiais 1960 m. pasirodo naujas, pasak Kelseno, „iš esmės perdirbtas ir išplėstas“, „Grynosios Teisės Teorijos“ leidimas[33]; iš visų Kelseno veikalų būtent šis, antrasis, „Grynosios Teisės Teorijos“ leidimas paprastai laikomas reikšmingiausiu[34]. Garbės profesoriumi Kelseną paskiria Salamankos (1954 m.), Meksikos valstybinis (1960 m.) universitetai; garbės daktaro vardą jam suteikia Berlyno laisvasis (1961 m.), Vienos (1961 m.) universitetai, Naujoji socialinių tyrimų mokykla Niujorke (1961 m.), Paryžiaus (1967 m.) ir Zalcburgo (1967 m.) universitetai.

Kelsenas mirė 1973 m. Berklyje, sulaukęs 91 metų. Po jo mirties dar pasirodo keletas anksčiau neskelbtų straipsnių, straipsnių rinkinys „Teisės ir moralės filosofijos esė“

[26] H. Kelsen. *Society and Nature: A Sociological Inquiry*. Chicago: University of Chicago Press, 1943.

[27] H. Kelsen. *The Political Theory of Bolshevism: A Critical Analysis*. Berkeley: University of California Press, 1948.

[28] H. Kelsen. *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. New York: Praeger, 1950; London: Stevens and Sons, 1950.

[29] H. Kelsen. *Principles of International Law*. New York: Rinehart, 1952.

[30] H. Kelsen. *The Communist Theory of Law*. New York: Praeger, 1955; London: Stevens and Sons, 1955.

[31] H. Kelsen. *Collective Security under International Law*. Washington: US Government Printing Office, 1957.

[32] H. Kelsen. *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays*. Berkeley, CA: University of California Press, 1957.

[33] H. Kelsen. *Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Wien: Deuticke, 1960.

[34] Kelsenas autorizavo ir šios knygos vertimus į anglų ir prancūzų kalbas.

(1973 m.)[35] bei dvi monografijos: „Bendroji normų teorija“ (1979 m.)[36], tiesiogiai pratęsianti „Grynąją Teisės Teoriją“, ir „Teisingumo iliuzija: Platono socialinės filosofijos kritinis nagrinėjimas“ (1985 m.)[37]. Nežinia, ar tai pabaiga.

III

Kelseno, kaip teisės teoretiko, kūrybinė biografija kartais sąlygiškai skirstoma į kelis laikotarpius, tačiau ne taip lengva nubrėžti ribas, kada baigiasi vienas laikotarpis ir prasideda kitas, juolab ne visiems jiems galima sugalvoti (rasti?) pavadinimus, vienareikšmiškai atspindinčius Kelseno teorinę orientaciją tuo ar kitu laikotarpiu. Antai teigiama, kad ankstyvuoju savo, kaip teisės teoretiko, veiklos laikotarpiu Kelsenas buvo konstruktyvistas; šį laikotarpį vainikuoja „Svarbiausios valstybės teorijos problemos“ (1911 m.) ir „Bendroji valstybės teorija“ (1925 m.). Trečiajame ir ketvirtajame dešimtmečiuose Kelsenas jau laikomas neokantininku; būtent tuo metu, 1934 m., pasirodo „Grynosios Teisės Teorijos“ pirmasis leidimas (nors pačios grynosios teisės doktrinos pamatai padėti dar „Svarbiausiose valstybės teorijos problemose“ bei „Bendrojoje valstybės teorijoje“). Ketvirtojo dešimtmečio pabaigoje pastebimas Kelseno posūkis į empirizmą, jo teorija palaipsniui pasipildo Hume'o filosofijos teiginiais, o dar vėliau – valios teorija. Persikėlęs į Jungtines Amerikos Valstijas Kelsenas „atranda“ anglų-amerikiečių analitinę jurisprudenciją (Austiną) bei amerikietiškąjį realizmą (Gray'ų). Savosios teorijos jis nepakeičia (bet kai kuriais aspektais reikšmingai papildo), o „pritaiko“ ją angliškai kalbančiam skaitytojui, išugdytam bendrosios teisės tradicijos. To laikotarpio svarbiausias Kelseno teisės teorijos veikalas – „Bendroji teisės ir valstybės teorija“ (1945 m.), kurioje, beje, pakartota ir jo politinė teorija, išdėstyta „Bendrojoje valstybės teorijoje“. 1960 m. pasirodęs „Grynosios Teisės Teorijos“ antrasis, „iš esmės perdirbtas ir išplėstas“, leidimas yra (neskaitant priedų) bent triskart ilgesnis už pirmąjį[38]. Kelsenui tuomet buvo jau 78-eri. Bet ir po to, kai šviesą išvydo, atrodo, *visiškai užbaigta* grynosios teisės teorijos versija, Kelsenas nesiliauja rašęs, ypač daug dėmesio skirdamas normatyvinės logikos problemoms ir logikos taisyklių taikymui teisės normoms. Dabar jau Kelsenas kartais apibūdinamas kaip „skeptikas“, ginantis teisės kaip valios teoriją ir netgi neigiantis loginių ryšių normų sistemoje buvimą. Ilgą laiką buvo manoma, kad atskiri straipsniai, kuriuos Kelsenas spausdino po 1960 m., tėra fragmentiški darbai, ir nebuvo žinoma apie naują didelį Kelseno opusą. Tačiau per dešimtmetį po „Grynosios Teisės Teorijos“ antrojo leidimo gimsta „Bendroji normų teorija“ – „Gry-

[35] H. Kelsen. *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Transl. by P. Heath. Dordrecht & Boston: Reidel, 1973.

[36] H. Kelsen. *Allgemeine Theorie der Normen*. Ed. R. Ringhofer and R. Walter. Wienn: Manz, 1979.

[37] H. Kelsen. *Die Illusion der Gerechtigkeit: Eine kritische Untersuchung der Sozalphilosophie Platons*. Wien: Manz, 1985.

[38] Šis vertimas, kaip ir angliškasis, spausdinamas be priedų.

nosios Teisės Teorijos" tęsinys, papildymas, o kai kuriais atžvilgiais ir korekcija. Ši monografija, kaip jau sakyta, išspausdinama tik po Kelseno mirties.

Atitinkamai galima sakyti, kad yra bent keturios Kelseno grynosios teisės teorijos (ne taip pavadintos knygos, o pačios teorijos) versijos, kurias sąlygiškai galima identifikuoti pagal atitinkamų monografijų pasirodymo metus: 1934 m. – „Grynoji Teisės Teorija" (pirmasis leidimas)[39], 1945 m. – „Bendroji teisės ir valstybės teorija", 1960 m. – „Grynoji Teisės Teorija" (antrasis leidimas), 1979 m. (t. y. jau po autoriaus mirties) – „Bendroji normų teorija". Kaip matome, tik dvi iš tų monografijų vadinosi „Grynoji Teisės Teorija" (1934 ir 1960 m.). Lyginant įvairias grynosios teisės teorijos versijas matyti, kaip ji evoliucionavo, kaip keitėsi Kelseno teorinės nuostatos[40].

Pažymėtina ir tai, kad apie Kelseną ir jo mokymą rašantys autoriai „Grynosios Teisės Teorijos" pavadinimo dažnai nė neverčia: jie tenkinasi vokiška formuluote *Reine Rechtslehre*. Taip lyg ir nubrėžiama takoskyra tarp Kelseno didžiojo veikalo (tarsi gyvenančio atskirą gyvenimą) ir jame išdėstytos grynosios teisės teorijos, kaip *vienos* iš daugelio teisės teorijų, kuri laikui bėgant gali keistis, būti plėtojama. Kaip matysime, skaitytojui čia pateikiama „Grynoji Teisės Teorija" – tai tik viena iš Kelseno grynosios teisės teorijos versijų. Tegu neklaidina knygos pavadinimas.

Kiekvieną teoriją gali plėtoti ne tik pats autorius, bet ir jo sekėjai. Lygiai taip pat net įtakingiausios teorijos gali būti visiškai arba iš dalies paneigiamos, jeigu atsiranda autoriaus vertų oponentų, *pasiūlančių alternatyvą*. Antai Hartui šiuo požiūriu tikrai pasisekė: Razas yra savo mokytojo vertas jo reikalo tęsėjas, Harto teisės sampratą papildęs teisės sistemos samprata, o Fulleris ir Dworkinas – ne menkesnio kalibro Harto kritikai nei pats Hartas, kurio teorija tapo atspirties tašku jų alternatyvioms teorijoms: pirmasis sekuliarizavo ir sumodernino prigimtinės teisės teoriją ir šitaip ją prikėlė naujam gyvenimui, o antrasis, parodęs, jog, jo manymu, Harto teorija netinkama spręsti vadinamosioms „sunkioms byloms" (Dworkino patikėtoms hipotetiniam teisėjui Herakliui), sukūrė alternatyvią teisės, kaip integralios visumos, teoriją. Tačiau nepaisant didžiulio susidomėjimo grynąja teisės teorija ir tos milžiniškos įtakos, padarytos teisiniam mąstymui visame Vakarų pasaulyje, nepaisant šalininkų ir gerbėjų gausos, tokių šalininkų, tokių grynosios teisės teorijos plėtotojų, kurių vardus būtų galima rašyti *greta* Kelseno, ši teorija, deja (?), nesulaukė. Kad ir kaip bandytume pateikti, „Kelseno teorija" ir „grynoji teisės teorija" – sinonimai. Visuose teisės teorijos vadovėliuose, visose chrestomatijose grynoji teisės teorija (ne tik *Reine Rechtslehre*, t. y. ne tik „Grynoji Teisės Teorija"!) pateikiama kaip Kelseno ir tik jo vieno produktas (lygiai taip pat, kaip psichologinė teisės mokykla asocijuojasi tik su Petrażyckiu ir su niekuo kitu). Kritikų, tiesa, bu-

[39] Aišku, laikyti šį leidimą „pirmąja" versija galima tik sąlygiškai, nes dar 1920 m. išleista „Suvereniteto problema ir tarptautinės teisės teorija" turėjo paantraštę su nuoroda į grynąją teisės teoriją (plg. 14 išnašą). Tačiau 1934 m. leidimas, be abejo, vainikuoja daugiau kaip dviejų dešimtmečių teorinius ieškojimus.

[40] Žr.: M. Hartney. Introduction: The Final Form of the Pure Theory of Law. – H. Kelsen. *General Theory of Norms*. – Transl. by M. Hartney. Oxford: Clarendon Press, 1991.

vo, yra ir, matyt, bus, ir ne vienas, tačiau nė vienas jų nesugebėjo supurtyti didžiosios Kelseno normų piramidės pagrindo – daugių daugiausia įmesdavo vieną kitą kritikos pipirą (bet Kelsenas ne iš tų autorių, kurie bijotų savo teoriją koreguoti, jeigu kontrargumentai įtikina). Galbūt dėl to (jeigu nesutinkama su Kelsenu) jo teoriją lengviau „atpasakoti" kaip „vieną iš daugelio", negu nuginčyti. Kai kas būtent taip ir daro.

IV

Teisės prigimties ir esmės klausimas (paprasčiau – klausimas „Kas yra teisė?") – vienas sudėtingiausių teisės mokslo klausimų, į kurį atsakymo ieškoma daug šimtmečių, netgi tūkstantmečių. Galbūt ir šiuo atžvilgiu teisės mokslas iš esmės skiriasi nuo kitų mokslų, kuriuose klausimas, kas yra jų dalykas, apskritai nekyla[41]. Kantas kadaise šaipėsi iš teisininkų, negalinčių susitarti dėl svarbiausios jų profesinės sąvokos. Vis dėlto jurisprudencijoje ginčas dėl to, kas yra teisė, tęsiasi ir neatrodo, kad kada nors liautųsi. Jokios nuomonių vienybės šiuo klausimu nėra dėl kelių priežasčių[42]. Pirma, teisė yra ne tik socialinis, bet ir psichologinis, ir kultūrinis fenomenas, todėl ir ne universalus reiškinys. Pavyzdžiui, tai, kas vadinama Japonijos arba Kinijos teise, tik iš tolo primena teisę kaip Vakarų kultūros reiškinį (pasak René Davido, teisės sąvoka čia vartojama tik neradus tinkamesnės[43]); kiekvienoje tautoje ir kultūroje teisė reiškiasi skirtingai ir turi skirtingą turinį. Antra, teisės pažinimas – vienas visuomenės gyvenimo pažinimo aspektų. O visuomenės gyvenimas aiškinamas remiantis įvairiomis epistemologijomis, dažnai tarp savęs nesuderinamomis. Antai racionalioji metafizika iš esmės skiriasi nuo idealistinės metodologijos, o jos abi – nuo empirizmo. Trečia, teisė visada yra susijusi su vertybėmis. Dėl to, kad įvairūs visuomenės nariai puoselėja skirtingas vertybes, neišvengiamai kyla ginčai, ar tam tikros galiojančioje teisėje įtvirtintos ir teisės ginamos vertybės yra „teisingos" (teisė), ar ne (ne-teisė, anti-teisė). Tad net tai pačiai visuomenei ir kultūrai priklausantys žmonės gali išpažinti skirtingas teisės sampratas, viena su kita nesutaikomas vien dėl to, kad skiriasi tų žmonių socialiniai interesai ir vertybinės orientacijos. Pavyzdžiui, sunku (gal ir apskritai neįmanoma) rasti bendrą vardiklį tarp pragmatizmo arba utilitarizmo ir kai kurių visišką lygiavą, net žemiškųjų gėrybių atsižadėjimą propaguojančių religijos filosofijų. Teisė neatsiejama ir nuo žmonių (ir jų grupių), kurių elgesį ji reguliuoja, interesų: vienus interesus ji atitinka, įtvirtina ir gina, kitų – neatitinka, net siekia juos paminti ar įveikti. Veikiausiai priežasčių, dėl kurių nepavyksta (ir, matyt, niekada nepavyks) „susitarti" dėl visus be išlygų tenkinančios vienos, universalios teisės sampratos, esama ir daugiau.

[41] Plg.: H. L. A. Hart. *Teisės samprata*. Vertė E. Kūris. Vilnius: Pradai, 1997, p. 43–45.

[42] Plg.: S. P. Sinha. *What Is Law? The Differing Theories of Jurisprudence*. New York: Paragon House, 1989, p. 217–221.

[43] R. David. *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti*. Moskva: Progress, 1967, s. 45. Tai antrasis šio veikalo leidimas. Vėlesniuose šios knygos leidimuose autorius, atrodo, nebuvo toks kategoriškas.

Vis dėlto akivaizdu, kad tarp to, kas įvairiose visuomenėse ir kultūrose suvokiama kaip teisė, esama ir panašumų. Teisė visuomet yra tam tikros elgesio galimybės bei ribos ir tas elgesio reguliatorius, kuris nustato šias galimybes ir nubrėžia šias ribas. Teisė (kad ir kaip ji būtų suvokiama ir aiškinama) – tai tokia elgesio laisvė, kurią nustato arba toleruoja teisinė bendruomenė. Akademinis interesas visada žadins troškimą nustatyti bendriausius teisės dėsningumus, taigi ir suformuluoti bendrąją teisės sąvoką.

Bandydama sukonstruoti bendrąją teisės sampratą, teisės teorija (nuo to meto, kai ji aiškiai atsiskyrė nuo politikos ir moralės filosofijos) pasuko trimis pagrindinėmis kryptimis: modifikuotos prigimtinės teisės doktrinos, pozityvistine (kurios produktas yra analitinė jurisprudencija) ir sociologine (apimančia ir vadinamąjį teisinį realizmą)[44].

Prigimtinės teisės doktrina (ir klasikinė, ir modernioji) postuluoja teisinės bendruomenės (paprastai tapatinamos su valstybe) kuriamos ir/arba palaikomos teisės, t. y. pozityviosios teisės (*ius positivum*), priklausomumą nuo „aukštesniosios teisės" (o šią galima traktuoti labai įvairiai) ar bent jos *netapatumą* „aukštesniajai teisei". Prigimtinės teisės doktrina pozityviajai teisei kelia moralumo ir teisingumo reikalavimus: vyrauja požiūris, kad prigimtinio teisingumo neatitinkanti, nemorali socialinė tvarka nė nelaikytina teisine. Viduramžiais prigimtinė teisė kildinta iš vadinamosios dieviškosios teisės; šiais laikais prigimtinės teisės doktrina yra daugiausia sekuliarinė, prigimtinę teisę grindžianti vien proto postulatais. Kad ir kaip būtų aiškinami prigimtinės teisės prigimtis ir turinys, ši doktrina tarp pozityviosios ir prigimtinės teisės brėžia griežtą takoskyrą. Prigimtinės teisės doktrinos produktas yra prigimtinių teisių idėja (vėliau pozityviojoje teisėje ir jurisprudencijoje suformuluota kaip pagrindinių žmogaus teisių idėja). Įtvirtinusi žmogaus teisių idėją, prigimtinės teisės mokykla paskatino siekti pozityviosios teisės humaniškumo ir teisingumo, pastūmėjo individo ekonominės laisvės įtvirtinimą ir gynimą, padarė milžinišką įtaką konstitucionalizmui ir demokratijos plėtrai, padėjo pagrindus teisingesnei tarptautinei teisei. Nors visi aiškinimai, iš kur kyla prigimtinė teisė, paprastai baigiasi spekuliatyviais samprotavimais, kurių pagrįstumo šiaip jau nepavyksta įrodyti empiriškai, mokymas apie prigimtinę teisę yra nemarus: kiekvienąkart, nusivylus pozityviąja teise (kuri yra žmonių kūrybos vaisius ir dėl to negali būti tobula), atsigręžiama į „teisingesnę" prigimtinę teisę.

Tuo tarpu pozityvizmas nepripažįsta jokios „kitos" teisės, išskyrus tą oficialią normatyvinę tvarką, kurią teisinė bendruomenė nustato sau ir savo nariams, t. y. pozityviąją teisę; jis grindžiamas teisės, kaip fenomeno, stebėjimu bei analize ir atmeta spekuliatyvius (ypač vertybinius) samprotavimus apie teisę. Šiuo požiūriu pozityvizmas yra *atvirai priešiškas* bet kokiems metafiziniams, spekuliatyviems išvedžiojimams apie teisės prigimtį ar esmę; mintis apie kokią nors prigimtinę (ir apskritai „aukštesniąją") teisę pozityvizmui nepri-

[44] Tai, aišku, supaprastintas vaizdas. Čia, nenorint pernelyg plėstis, atskirai neaptariamos įvairios idealistinės bei fenomenologinės teisės teorijos, savitos istorinė ir psichologinė teisės mokyklos, marksizmas, teisės ir ekonomikos (*law and economics*) doktrina, taip pat sparčiai besiplėtojantis kritinių teisės studijų sąjūdis (*Critical Legal Studies Movement*), integracinė jurisprudencija ir kt., esančios „šalia" trijų *pačių* įtakingiausių srovių.

imtina: vadinamoji „aukštesnioji teisė“ – tai ne teisė, o veikiau moralė, t. y. visai kita normatyvinė sistema, visiškai kitas (ir kitoks) elgesio reguliatorius, kurio reikšmės, beje, pozityvizmas nė nemano menkinti. Priešingai susiklosčiusiems stereotipams, pozityvizmas neneigia teisės ir moralės turinio sąsajos: teisė ir moralė dažnai reguliuoja tuos pačius santykius, tad tarp jų gali kilti konfliktas arba, priešingai, jos gali viena kitai neprieštarauti. Tačiau tai bus konfliktas *tarp* teisės ir moralės arba *jų* darna, o ne teisės pajungimas moralei arba, atvirkščiai, moralės – teisei[45]. Kad ir kokia neteisinga, nemorali būtų pozityvioji teisė, kad ir kokios kritikos ji būtų nusipelniusi, būtent ji yra tai, ką kuria visos teisinės bendruomenės, dėl ko kryžiuojasi politikų ir teisininkų ietys, o norint kritikuoti ar (juo labiau) reformuoti pozityviąją teisę, pirmiau reikia ją pažinti, gebėti ją analizuoti kaip visumą, kaip sistemą, mokėti aptikti joje prieštaravimus, spragas, kitas ydas. Šiuo atžvilgiu analitinis pozityvistinis požiūris į teisę – labai pragmatiškas. Analitinė jurisprudencija yra pozityvistinės metodologijos kūdikis: jai labiausiai rūpi teisės principai bei normos, jomis (iš)reiškiamos idėjos ir teisinių nuostatų tarpusavio ryšiai. Būtent analitinė jurisprudencija išgrynino daugelį į kasdienę teisinę praktiką orientuotų teisinių sąvokų, padėjo pamatus profesinio teisinio mąstymo logikai ir teisinei terminijai, nutiesė kelią įvairioms šiandien kiekvienam teisininkui lyg ir savaime suprantamoms teisinių kategorijų klasifikacijoms, kaip antai: teisės aktų, teisės šaltinių, teisinių santykių, teisės subjektų (asmenų), teisės normų ir principų, subjektinių teisių, pareigų (prievolių), teisinių faktų (įvykių ir veikų), teisės realizavimo formų ir t. t. Analitinės jurisprudencijos atstovai (sąmoningai arba ne) į teisę žvelgia kaip į logišką, nuoseklią ir darnią sistemą, o kadangi realiame gyvenime nebūna teisinių sistemų be vidinių prieštaravimų, be spragų, galiausiai be tokių beprasmiškų teisinio teksto fragmentų, kuriuos galima paaiškinti tik teisės kūrėjų klaidomis (paprasčiau tariant, be visiškų nesąmonių), analitinei jurisprudencijai teisė yra *privalomybė* – tai, ką turi atitikti *esamybė* (realiai galiojantys teisės aktai, arba realiai galiojanti pozityvioji teisė). Tačiau ir privalomybės neatitinkantis teisinis reguliavimas nepaliauja būti teisiniu reguliavimu (nors ir ydingu), dėl to (bent žodžiais) pozityvistai griežtai skiria tai, kokia teisė yra, nuo to, kokia ji turėtų būti.

Galiausiai trečiąją teisės teorijos kryptį, sociologinę teisės mokyklą, domina ne tiek teisės esmės, ne jos turinio, net ne formos dalykai, bet pirmiausia realus teisės funkcionavimas visuomenėje: teise siekiama tam tikrų tikslų ir ji kuriama ne tiek remiantis loginiais kategorijų ryšiais, kiek veikiama įvairių susikertančių interesų, ir atlieka tam tikras funkcijas visuomenėje. Itin skeptiška sociologinės krypties srovė yra vadinamasis realizmas (skiriamos dvi jo atmainos – amerikietiškoji ir skandinaviškoji), suvokiantis teisę kaip socialinį faktą, pabrėžiantis jos „netikrumą“, „neapibrėžtumą“ bei pareigūnų (pirmiausia teisėjų) vaidmenį sprendžiant ginčus. Pasak kai kurių realizmo atstovų, teisė yra tai, ką spręsdami ginčus daro teisėjai (ir apskritai pareigūnai); kiti realizmo atstovai teigia, esą teisė – tai žmonių gyvenimas organizuotomis grupėmis, kuris lemia tai, kad kai kurie da-

[45] Plg.: D. Mikelėnienė, V. Mikelėnas. Op. cit., p. 40–41, – čia tokia nuostata priskiriama tik vienai iš vėlesnių pozityvizmo atmainų – instituciniam pozityvizmui.

lykai tam tikru metu tam tikroje visuomenėje laikomi naudingais, nes atitinka socialinės gerovės sampratą, o tai savo ruožtu lemia socialinio teisingumo jausmą, diktuojantį žmonių elgesį, tačiau neturintį jokio „amžino“ turinio. Sociologinis (ir realistinis) požiūris į teisę (tikriausiai kaip nė vienas kitas) įtikina, kad net traktuojant teisę kaip loginę sistemą būtina nepamiršti, jog teisinė logika nėra savitikslė ir pati viena neturi priemonių iš privalomybės („normatyvinės tikrovės“) „automatiškai“ pereiti į esamybę („socialinę tikrovę“): teisėje įtvirtinti ir jos ginami interesai visuomenės gyvenime realizuojami per tam tikrą socialinio veikimo mechanizmą (kurį, pabrėžkime dar kartą, šios krypties atstovai interpretuoja labai įvairiai). Suteikdama teisės sampratai psichologinę bei bihevioristinę dimensijas, pabrėždama interesų svarbą kuriant teisę ir ją realizuojant (taikant), sociologinė (ir realistinė) jurisprudencija išryškina neatitiktį tarp teisės nuostatų ir visuomenės gyvenimo, kurį, kaip manoma, teisė turi (ar gali) palengvinti. Sociologinės jurisprudencijos nuopelnas yra ir tas, kad atkreiptas dėmesys į teisinio reguliavimo efektyvumo problemą bei būtinumą formalų, normatyvinį teisinį reguliavimą užtikrinti organizacinėmis bei ekonominėmis (ir konkrečiai – finansinėmis) priemonėmis, skiepijamas suvokimas, jog negalima kliautis vien tam tikrų tikslų (vertybių) oficialiu įtvirtinimu, bet būtina garantuoti ir tų tikslų siekimo priemonių sistemą. Sociologinę jurisprudenciją vertinant teisės mokslo (mokslų) sistemos požiūriu pažymėtina, kad ši kryptis padėjo susiformuoti teisės sociologijai – savarankiškai disciplinai teisės ir sociologijos sandūroje, plėtotis kriminologijai ir kitiems mokslams, nagrinėjantiems teisės (arba jos atskirų sričių) vaidmenį visuomenės gyvenime. Apskritai sociologinė jurisprudencija itin pasitarnavo kritiškam požiūriui į teisę, teisės demistifikavimui, vadavimuisi iš ideologijos ir politikos. Tikriausiai nereikia nė sakyti, kad kiekviena minėtų pagrindinių teisės teorijos krypčių – prigimtinės teisės doktrina, pozityvizmas ir sociologinė jurisprudencija – yra *inter se* pasidalijusi į gausybę srovių srovelių.

Veiksnių, čia apibūdintų kaip priežastys, dėl kurių „nesusitariama“ dėl vienos, visus tenkinančios teisės sampratos, pašalinti neįmanoma. Su jais tiesiog reikia susitaikyti. Kultūrų ir nacionalinių psichologijų įvairovė yra objektyvi. Epistemologinių paradigmų skirtumai negailestingai neleidžia joms bent kiek glaudžiau suartėti. Vertybinės orientacijos nebūtų vertybinės, jeigu jos būtų vienodos, nes vertinimo procesas neatsiejamas nuo subjektyvumo. Interesai *by definition* privalo nesutapti. Subjektyvių veiksnių, neleidžiančių sukonstruoti visiems priimtinos teisės sampratos, buvimas yra objektyvus, jis nepriklauso nuo teoretikų norų, valios ir pastangų jų išvengti. Lygiai taip pat neįveikiamas yra mokslininkų troškimas padaryti tai, kas, atrodo, yra neįmanoma – apibrėžti teisę *par excellence*, suformuluoti jos universalią sąvoką.

Minėtų veiksnių pašalinti neįmanoma, bet nereikia jų nematyti, jų ignoruoti. Kadangi iš anksto aišku, kad vertybinis arba interesais grindžiamas požiūris į teisę, kad ir kaip sklandžiai būtų pateiktas, neišvengiamai nebus universalus, vienintelis būdas konstruoti teisės sampratą, galinčią pretenduoti į universalumą, – ne vadovautis vertybėmis ir interesais, bet visaip nuo jų „atsižegnoti“. Reikia siekti išvengti vertybių ir interesų diktato, ir tai galima padaryti. Ryškiausi analitinio pozityvizmo atstovai tai ir darė.

Utilitaristas Benthamas manė, kad gamta įkurdino žmogų malonumo ir skausmo karalijoje. Tai, kas leidžia išvengti skausmo (blogio) ir siekti malonumo (gėrio), yra nauda (laimė). Užuojauta leidžia individualią kiekvieno naudą suderinti su visos bendruomenės nauda, nes niekas negali būti laimingas, kai kiti yra nelaimingi. Bendruomenės nauda – tai ją sudarančių individų naudos suma. Siekti bendrojo gėrio ir leisti išvengti blogio – teisės tikslas. Įstatymų leidėjas savo veiklą turi grįsti bendrosios naudos siekiu, rūpintis viešuoju gėriu. Galutinis įstatymų leidybos tikslas – didžiausia nauda didžiausiam skaičiui žmonių, o įstatymų leidybos mokslas turi pažinti tikrąjį bendruomenės gėrį ir rasti būdus jį užtikrinti. Tai pasiekiama *varžant bendruomenės narių elgesį*: nevaržomas vieno žmogaus elgesys pateisintų ir skatintų nevaržomą kitų žmonių elgesį ir šitaip būtų mažinamas gėris, kurio kiekvienas jų siekia. Todėl valdiniai (šiandien sakytume: piliečiai) turi paklusti suvereniai valstybės valiai, suvaržančiai jų elgesį, apibrėžiančiai jo ribas. Teisė – tai ženklų, kuriais išreiškiama valstybės suvereni valia, visuma. Valdinių paklusimą teisei užtikrina tai, kad jos laikymasis siejamas su tam tikrais įvykiais: teisė siekia, kad su tais įvykiais susiję lūkesčiai taptų *geidaujamo elgesio motyvu*. Šitaip iš teisės *išvalomos vertybės*; ją galima analizuoti pagal tai, kieno valią ji išreiškia (t. y. pagal teisės šaltinį), pagal tai, kokiems asmenims ji taikoma (t. y. pagal teisės subjektus), pagal tai, kokioms veikoms ir kokiose situacijoje ji yra taikoma (t. y. pagal teisės dalyką), pagal jos taikymo mastą (t. y. pagal teisės taikymo apimtį), pagal tai, kaip ji taikoma savo dalykui (t. y. pagal teisės taikymo būdus), pagal elgesio motyvus, kuriais teisė tikisi pasiekti savo tikslus, bei priemones, užtikrinančias, kad šiais motyvais būtų vadovaujamasi (t. y. pagal teisės galią), pagal ženklų, kuriais išreiškiama suvereno valia, pobūdį (t. y. pagal teisės išraiškos formas, arba tiesiog teisės formą), taip pat pagal joje nustatytas papildomas priemones, kuriomis siekiama išvengti žalos (t. y. pagal teisinės gynybos priemones). Pasak kai kurių komentatorių, Benthamo teisės mokslas buvo „vienas iš nuostabiausių XIX a. intelektualinių laimėjimų“[46].

Austino teorija šiek tiek panaši į Benthamo. Teisė (*law*), arba įstatymai (*laws*), – tai taisyklės, vienų mąstančių būtybių nustatytos kitoms mąstančioms būtybėms, kurioms pirmosios turi valdžią. Vadinasi, teisė, arba įstatymai, yra visai kas kita nei teisingumas. Visus įstatymus galima skirstyti į Dievo įstatymus ir žmonių įstatymus. Dievo įstatymai neturi jokios teisinės reikšmės. O žmonių įstatymus galima skirstyti į pozityviuosius įstatymus, t. y. įstatymus tikrąja šio žodžio prasme (*laws properly so-called*), ir pozityviąją moralę, t. y. įstatymus, kurie neturėtų būti taip vadinami (*laws improperly so-called*). Pozityviuosius įstatymus kuria politiškai viršesnieji sau pavaldiems – valdiniams (arba patys valdiniai, realizuodami jiems suteiktas teises). Tuo tarpu pozityviosios moralės (moralinių įstatymų) politiškai viršesnieji nekuria; pozityviajai moralei priskirtinos dorovės normos, mados, žaidimų ar klubų taisyklės, tarptautinė teisė ir pan. Įstatymais tikrąja šio žodžio prasme pareiškiamas pageidavimas, ir šiuo atžvilgiu jie yra komandos. Tačiau nuo kitų pageidavimo pareiškimų komanda skiriasi tuo, kad komandos adresatas atsako komandos davė-

[46] G. H. Sabine, T. L. Thorson. *Politinių teorijų istorija*. Vertė R. Asminavičiūtė, J. Baranova, V. Čepliejus, V. Radžvilas, A. Sabonis. Vilnius: Pradai, 1995, p. 677.

jui – šis gali iš komandos davėjo patirti tam tikrą sankciją, t. y. blogį. Komandos adresato galėjimas būti atsakingam ir patirti sankciją (blogį) reiškia, kad jis turi pareigą paklusti komandai. Vadinasi, komanda, pareiga ir sankcija yra neatskiriamai susijusios. Bet teisė – tai ne bet kokios komandos, o tik tos, kurios nėra vienkartinės, tik tos, kuriomis asmenims kas nors bendrai įsakoma arba uždraudžiama. Komandas gali duoti tik viršesnieji, todėl pozityviuosius įstatymus (pozityviąją teisę) nepriklausomos politinės bendruomenės nariams kuria tos bendruomenės suverenas. Nepriklausoma politinė bendruomenė (pirmiausia valstybė) susideda ne iš valdinių (piliečių), bet iš suvereno ir valdinių (piliečių). Nuo kitų politinės bendruomenės narių suverenas skiriasi tuo, kad jis neturi įpročio paklusti, tuo tarpu jo valdiniai turi įprotį paklusti suverenui, kuris gali jiems grasinti prievarta. Suvereno įsakymo esama ir tada, kai susiduriame su papročiais, kurie dėl to, kad juos taiko teismai, tapo teisės normomis (taisyklėmis). Tokiais atvejais turime reikalą su „tyliais įsakymais“: suverenas, pats aiškiai nesuformuluodamas įsakymo, gali parodyti savo pageidavimą, kad jo valdiniai darytų tam tikrus dalykus, nesikišdamas, kai jam pavaldūs pareigūnai duoda įsakymus jo valdiniams ir baudžia juos, kai šie nepaklūsta. Tad teisė – tai *grasinimais paremti suvereno įsakymai*, prievartiniai įsakymai. Teisę apibūdina (ir jos analizei pagrindą teikia) keturi elementai: suverenitetas, įsakymas, pareiga ir sankcija.

Benthamui ir Austinui, ryškiems moderniojo analitinio pozityvizmo atstovams, jurisprudencijos vertybinis neutralumas – bet kokio bendros teisės sampratos konstravimo prielaida. Neutralumo nuostata persiėmė ne tik kiti pozityvistai (jiems jurisprudencijos vertybinis neutralumas – natūralus dalykas), bet ir sociologinės (realistinės) krypties atstovai, ir net (iš dalies) kai kurie prigimtinės teisės mokyklos atstovai[47] (pvz., Fulleris, išplėtojęs teisės vidinio moralumo teoriją). Iš pozityvistų šiuo atžvilgiu ypač paminėtinas Hartas, ryžtingai atmetęs visas iki jo konstruotas teisės sampratas ir pasiūlęs savąją. Prigimtinės teisės doktrina Hartui nepriimtina, nes jis nemato nieko, kas įtikinamai patvirtintų kokios nors *a priori* egzistuojančios „teisės“ buvimą. Jis negali pritarti ir realistams, teigiantiems, kad teisė – tai tik numatymas to, kaip vienu ar kitu atveju pasielgs teismai ar kiti jurisdikciniai organai, nes grynai deskriptyvi analizė negali paaiškinti, kodėl šie organai elgiasi būtent taip. Grynas normatyvizmas (konkrečiai – Kelseno teorija) Hartui nepriimtinas dėl to, kad, įkalinęs teisę normų loginių ryšių tinkle, neįstengia paaiškinti, kodėl teisės normos galioja *ne tik formaliai, bet ir realiame gyvenime,* kodėl jas akceptuoja tie, kurie privalo jų laikytis arba jas taikyti. Bet itin karštai Hartas prieštarauja Austino požiūriui, kad teisė yra grasinimais paremti suvereno įsakymai, nes tokia koncepcija nepaaiškina daugelio teisės elementų: juk teisė – tai ne tik baudžiamoji arba administracinė teisė, kur suverenas „atvirai“ įsakinėja valdiniams ir nustato sankcijas už jo nurodymų nesilaikymą. Hartas savaip „susintetina“ analitinę pozityvistinę ir sociologinę kryptis. Kodėl teisės norma galioja? Teisės normos galiojimas apima du aspektus – išorinį

[47] Šiuo atžvilgiu tarp pozityvistų ir antipozityvistų kartais esama daugiau panašumo negu, tarkime, tarp skirtingų pozityvistų arba tarp skirtingų antipozityvistų (plg.: K. Füßer. Farewell to „Legal Positivism“. – R. P. George (ed). *The Autonomy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 135–146.

(dauguma žmonių elgiasi tam tikru būdu, t. y. seka tam tikru elgesio modeliu) ir vidinį (tam tikrą elgesį žmonės pripažįsta kaip modelį, t. y. sektiną pavyzdį). Kai reikalavimas laikytis normų bei socialinis spaudimas tiems, kurie joms nepaklūsta (ar norėtų nepaklusti), yra pakankamai stiprus, galima teigti, jog normos nustato prievoles (pareigas) arba suteikia galias. Tokias normas Hartas vadina pirminėmis. Pirminės normos galioja, nes žmonės jas akceptuoja (t. y. priima, arba pripažįsta). Vadinasi, visų pirma visuomenėje turi galioti norma, kurią Hartas vadina pripažinimo taisykle, t. y. norma, nustatanti, kurias normas galima laikyti nustatančiomis prievoles arba suteikiančiomis galias. Be to, turi būti vadinamosios keitimo taisyklės, nustatančios, kas ir kokiu būdu gali keisti galiojančias prievoles nustatančias bei galias suteikiančias normas (dėl to pirminės teisės normos nelaikytinos tik grasinimais paremtais įsakymais, nes jų kūrimas pats paklūsta tam tikroms taisyklėms). Trečia, turi būti bylų sprendimo taisyklės, leidžiančios autoritetingai nustatyti, ar pirminės normos buvo pažeistos, ir taikyti poveikio priemones pažeidėjams. Teisė – tai *pirminių ir antrinių normų junginys*, vienovė. Harto koncepcijoje teisė apima ir normatyvumo, ir normalumo aspektus; čia pozityvizmas inkorporuoja kai kuriuos sociologinės paradigmos elementus: normų akceptavimas – tarsi sociologinis iš esmės pozityvistinio požiūrio „papildas“. Tačiau normos akceptavimo nereikia traktuoti kaip jos moralinio ar ideologinio pripažinimo. Riba tarp teisės ir moralės išlieka, o jos suvokimas garantuoja ne tik tai, kad kiekvienas žmogus neims pats spręsti, ar įstatymas yra moralus ir jo reikia laikytis, ar amoralus, – vadinasi, jo galima ir nesilaikyti, – bet ir tai, kad nekils problema, ar pažeidusiajam, jo manymu, amoralų įstatymą reikia leistis nubaudžiamam už nepaklusimą ir ar jurisdikciniai organai (suvokiantys pažeisto įstatymo amoralumą) turi jį nubausti.

Tačiau Hartas savąją teisės sampratą formulavo jau *po to*, kai Kelsenas buvo suformulavęs savąją; jis pripažįsta, jog kartais sekė Kelsenu. Manytina, kad šis „kartais“ taikytinas pirmiausia (bet ne tik) teisės ir moralės santykio problematikai. Būtent Kelsenas taip apnuogino ribą tarp teisės ir moralės (ir apskritai vertybių), kad bet koks kitoks jų santykio aiškinimas galėtų būti nebent didesnis ar mažesnis kompromisas moralės naudai, o Hartas (kaip ir Kelsenas) – nuoseklus ir, pabrėžkime, iškalbingas teisės ir moralės netapatumo advokatas.

V

Kelsenas tarsi pratęsia Benthamo ir Austino tradiciją nesuplakti teisės su morale ir kitomis vertybėmis. Dar „Grynosios Teisės Teorijos“ pirmajame leidime (1934 m.), arba pirmojoje grynosios teisės teorijos versijoje, „tradicinė jurisprudencija“ kaltinama pernelyg pasidavusi prigimtinės teisės iliuzijai. Teisės mokslas turįs būti nuo jos išvalytas. Bet kartu Kelsenas įspėja ir dėl kito kraštutinumo, į kurį taip pat nevalia nukrypti: negalima ignoruoti esminio skirtumo tarp gamtos ir humanitarinių mokslų. Be to, jis (priešingai kai kuriems stereotipams) neginčija ideologijos, juolab politikos įtakos ir reikšmės teisei

(ir teisėkūrai, ir teisės taikymui). Kelsenas prieštarauja tik vertybinio (ideologinio, politinio, interesais grindžiamo ir t. t.) požiūrio „įleidimui“ į teisės *mokslą*, kuris, jo manymu, turi būti švarus, paties Kelseno žodžiais tariant, „grynas“. Iš čia ir Kelseno teorijos pavadinimas: *grynoji teisės teorija*. Grynasis teisės mokslas – tai teorija *be* vertybių, *be* subjektyvių simpatijų ir antipatijų, žvelgianti į teisę *tokią, kokia ši iš tikrųjų yra*. Šiuo klausimu „Komunistinėje teisės teorijoje“ (1955 m.) Kelsenas karštai polemizavo su marksistiniais teisininkais, kaip žinoma, visai kitaip suvokusiais teisės mokslo (ir apskritai mokslo) funkciją. Tačiau teisės mokslo „grynumas“ turi būti laisvas ne tik nuo moralės, politikos ar ideologijos, bet ir nuo kitų mokslų – jo tikslas yra struktūrinė pozityviosios teisės analizė, o ne jos psichologinių ar ekonominių sąlygų aiškinimas[48].

Kodėl teisės mokslas turi „neįsileisti“ vertybių? Keliais žodžiais atsakyti nesunku, ir tai jau esame padarę: dėl to, kad skirtingi žmonės puoselėja skirtingas vertybes, negali būti vienos nekvestionuojamos vertybių sistemos. Svarbu ir tai, kad neįmanoma patikimai nustatyti, kurios vertybės „vertingesnės“, arba „teisingesnės“, juolab kad jos keičiasi: kai kurios, dar vakar nekėlusios abejonių, šiandien gali ne tik gluminti, bet ir apskritai būti nepriimtinos. Žinoma, vertybės *įtvirtinamos* teisėje, tačiau atitinkamos socialinės normos teise tampa *ne todėl*, kad įtvirtina *tam tikras* (ne absoliučias!) vertybes, o priešingai, tos vertybės labiau užtikrinamos dėl to, kad yra įtvirtintos teisėje. Vienos vertybių sistemos suabsoliutinimas ir pavertimas *teisiškumo* kriterijumi reikštų ne tik teisės priklausomybę nuo moralės, ideologijos ir pan., bet ir žmonių *moralinio pasirinkimo paneigimą*, moralės, kaip elgesio „vidinio“ motyvo reguliatoriaus, esmės paneigimą.

Kelsenas jurisprudencijos vertybinio neutralumo doktriną išplėtoja iki absoliuto. Tačiau jis modifikuoja kai kuriuos „iki jo“ išdėstytus argumentus, pabrėžiančius teisės ir moralės skirtingumą. Antai jis nesutinka, kad teisė reguliuoja „išorinį“, o moralė – „vidinį“ elgesį, nes abiejų šių tvarkų normos gali lemti abi minėtas elgesio rūšis: kur kas svarbiau yra tai, kad moralė, diktuojanti tik elgesio motyvus, suponuoja kito, išorinio reguliatoriaus buvimą. Tas reguliatorius ir yra teisė. *Moralė yra pozityvioji neprievartinė tvarka; teisė – prievartinė tvarka*, siekianti paskatinti tam tikrą elgesį, priešingą elgesį siedama su socialiai organizuotu prievartos aktu. Nei teisė visada reikalauja paklusti moralei, nei moralė – teisei; šios dvi socialinio reguliavimo sistemos nėra tapačios, jos gali reikalauti to paties, bet gali ir „prasilenkti“. Taigi Kelsenas atmeta ir gana populiarų požiūrį, jog teisė – tai moralės dalis ar „minimumas“, nes tada tektų pripažinti, jog prievartinė tvarka, kad ją būtų galima laikyti teise, turi tenkinti moralės minimumo postulatą, o tokio postulato pripažinimas suponuotų kažkokią „absoliučią“ moralę. Nei moralumas, nei teisingumas nėra tas kriterijus, kuris skiria teisę nuo kitų socialinių tvarkų (net prievartinių). Teisė yra vertybė dėl to, kad ji yra norma, o ne tam tikra socialinė norma yra teisės norma dėl tó, kad ji įtvirtina tam tikrą vertybę. Šiuo atžvilgiu teisė *neišreiškia jokio moralės minimumo*[49]. Bet kuri moralės (vertybių) sistema teikia kriterijus

[48] H. Kelsen. *General Theory of Law and State*, p. 30.
[49] Plg. Harto minimalaus prigimtinės teisės turinio doktriną (H. L. A. Hart. Op. cit., p. 314–322).

teisei vertinti, bet tai, pirma, nėra teisinis vertinimas, antra, jis visuomet yra santykinis, nes santykinė yra bet kuri moralės sistema. Tuo tarpu teisės mokslo funkcija yra ne jo dalyko (t. y. teisės) vertinimas, bet *pažinimas ir vertybiškai neutralus aprašymas*. Teisės mokslininkas, – sako Kelsenas, – nesusitapatina su jokia vertybe, net su ta teisine vertybe, kurią jis aprašo. Ir Kelsenas tai nuolat pabrėžia, aistringai įrodinėdamas mokslo neaistringumą, abejingumą bet kokiai moralės ir teisingumo sampratai.

Taigi kaip anksčiau Benthamui ir Austinui, taip ir Kelsenui teisės mokslo vertybinis neutralumas (ir atskyrimas nuo etikos) yra paties šio mokslo *per se* buvimo prielaida. Pozityviosios teisės pažinimo požiūriu teisės normą galima laikyti galiojančia, net jeigu ji prieštarauja moralinei tvarkai. Jeigu taip, tai kaipgi, – klausia neokantininkas Kelsenas, – galima moksliškai ir objektyviai pažinti tokį normatyvinį reiškinį kaip teisė? Idant būtų galima sukonstruoti savąją teisės teoriją, būtina atsakyti į šį klausimą. Kelseno atsakymas yra toks. Teisės mokslas nuo gamtos mokslų skiriasi (ir) tuo, kad šie yra *priežastingumo mokslai*, tuo tarpu teisės mokslas – tai *normų mokslas*. Gamtos moksluose vadovaujamasi *priežastingumo principu*, pagal kurį priežastis su padariniu yra susiję ypatingu (priežastiniu) funkciniu ryšiu: jeigu yra *A*, tai *bus* ir *B*. Tuo tarpu normų moksle vadovaujamasi *prisiejimo principu*: jeigu yra *A*, tai *privalo* būti *B*. Teisės normų atveju žmonių elgesiui prisiejamos nustatytos sankcijos: jeigu yra elgesys *A*, tai privaloma taikyti sankciją *B*.

Nagrinėjant teisę plačiau, tiriant ją ne tik kaip normatyvinį, bet ir kaip socialinį fenomeną, priežastinio ryšio tarp įvairių su teise susijusių reiškinių (pvz., teisėkūros, teisinės sąmonės, teisinių institucijų ir kt.), matyt, negalima ignoruoti, vadinasi, negalima ir visiškai atsisakyti priežastingumo principo kaip mokslo metodo, taip pat negalima suabsoliutinti prisiejimo principo, nes socialiniuose moksluose gali būti (ir yra) taikomi ir kiti metodai (pvz., bihevioristiniai). Tačiau Kelsenui to visiškai nereikia – jis konstruoja *grynąją* teoriją, t. y. tokią teoriją, kuria siekia paaiškinti, kas yra teisė „pati savaime", teisė *per se*, o ne kokie yra teisės ryšiai su kitais reiškiniais. Jam rūpi ne teisinė sistema, o tik teisės sistema. Absoliutus atsiribojimas nuo bet kokio sociologizmo (kurio, priešingai, nevengė Hartas) lemia, kad Kelsenas griežtai skiria teisės normą nuo to, ką jis vadina teisės taisykle (šiuo atžvilgiu Kelsenui, kitaip nei absoliučiai daugumai teisės teoretikų, norma ir taisyklė nėra sinonimai). Teisės taisyklė – tai teiginys apie teisės normą, kitaip tariant, teisės dėsnis. Formuluoti teisės taisykles, arba teiginius apie teisę, yra teisės mokslo funkcija. O teisės norma išvis *nėra teiginys* – ji yra akto (veikos), kuriuo kažkas nustatoma ir kuriuo sukuriamas funkcinis faktų ryšys, *prasmė*. Aktas – sociologinis faktas, jo prasmė – normatyvinis faktas, ir tik ji domina grynąją teisės teoriją. Teisės norma minėto funkcinio ryšio neapibūdina – jį apibūdina teisės taisyklė. Teisės normos yra *preskriptyvios*, teisės taisyklės – *deskriptyvios*. Teisės norma negali būti nei teisinga, nei klaidinga – teisinga arba klaidinga gali būti tik teisės taisyklė, formuluojama teisės mokslininkų, o ne teisinio autoriteto.

Pažymėtina, kad dar pirmajame „Grynosios Teisės Teorijos" leidime Kelsenas teigia, kad teisė nėra empirinių faktų visuma. Teisė – tai *empirinių faktų prasmės*, kitaip tariant,

empirinių faktų aiškinimo schema, jų interpretavimas kaip gerų arba blogų; antrajame „Grynosios Teisės Teorijos“ leidime jis patikslina: kaip *teisėtų arba neteisėtų*. Šiuo atžvilgiu teisė nėra „reali“. Teisė – ne elgesys, bet normos, reguliuojančios elgesį. Tačiau tai ne bet kokios elgesį reguliuojančios normos, o tik objektyvai galiojančios. Moralės normos tokios nėra, jos subjektyvios, vadinasi, teisės negalima painioti su morale. Teisės normos *galiojimas* reiškia tik tai, kad ji „egzistuoja“, *priklauso teisės sistemai*, o ne kad yra teisinga ar pagrįsta. Teisės normos reiškia, kad žmonės paskatinami elgtis tam tikru būdu grasinant jiems prievarta, jeigu jie nepaklustų. Tačiau jos adresuojamos ne teisės subjektams (kurių elgesį reguliuoja), bet pareigūnams, nurodydamos, kad tam tikromis sąlygomis šie turi taikyti prievartą (sankcijas). Šią funkciją turi visos teisės normos, kaip prievartinės taisyklės: netiesa, kad vienos teisės normos žmonėms nurodo, kaip elgtis, o kitos reikalauja, kad nepaklusus būtų taikoma prievarta. Tačiau teisinio autoriteto sukurtų normų, kaip teisės, bruožai toli gražu ne visada akivaizdūs. Jų „sutvarkymo funkciją“ atlieka teisės mokslas, „surinkdamas“ visą „teisinę medžiagą“ ir performuluodamas teiginiais.

Taigi teisės akto prasmė yra tam tikro elgesio *susiejimas su sankcija*, t. y. prievartos aktu. Sankcijos svarbos akcentavimas – esminis Kelseno teisės sampratos bruožas. Sankcija vykdoma (taikoma) kaip reakcija į elgesį, neatitinkantį to, su kurio priešybe teisės norma susieja sankciją kaip padarinį. Pažymėtina, kad esminis teisės sampratos elementas yra ne tik sankcija, bet ir deliktas (pažeidimas): jis yra ne teisės paneigimas, o atvirkščiai, jos *sąlyga*. Kelsenas prieštarauja „tradicinei jurisprudencijai“, manančiai, kad sankcija taikoma *už* deliktą: atvirkščiai, tam tikras veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo yra deliktas dėl to, kad jis yra susiejamas su prievartos aktu, t. y. su sankcija kaip jo padariniu. Pagrindas konkretų žmogaus elgesį kvalifikuoti kaip deliktą yra ne kokia nors imanentinė jo savybė, ne koks nors jo ryšys su metateisine prigimtine arba tariama dieviškąja norma, bet tik ta vienintelė aplinkybė, kad pozityvioji teisinė tvarka šį elgesį yra padariusi prievartos akto – sankcijos – sąlyga. Nei deliktas savaime nėra kaip nors moraliai smerktinas, nei sankcija savaime nėra moraliai vertinga. Nėra jokių *mala in se*, yra tik *mala prohibita*, – tvirtina Kelsenas. Vienose visuomenėse ir kultūrose (ir net tarp skirtingų tos pačios visuomenės narių) tam tikras elgesys yra smerkiamas, o baudimas už jį laikomas teisingu, kitose tas pats elgesys yra laikomas moraliu, o persekiojimas už jį kritikuojamas ir smerkiamas. Manyti, kad deliktas (net kriminalinis nusikaltimas) yra visuomet pavojingas visuomenei (kaip esame įpratę), reikštų vadovautis subjektyviomis vertybėmis, ideologija, teisę paversti ne tik politinių sprendimų vykdymo, bet ir jų teisinimo įrankiu.

VI

Suformulavęs vertybiškai neutralią teisės (teisės normos) sampratą, grindžiamą delikto prisiejimu sankcijai, Kelsenas (kaip ir dera analitiniam pozityvistui) nuodugniai nagrinėja įvairias pozityviosios teisės kategorijas: atsakomybės, teisinės pareigos ir subjektinės teisės, veiksnumo ir teisnumo, juridinio ir fizinio asmens ir kt. Žinoma, čia nėra rei-

kalo smulkiai „atpasakoti“ Kelseno argumentus, tačiau skaitantysis „Grynąją Teisės Teoriją“ neabejotinai atkreips dėmesį į tai, kad visų šių kategorijų nagrinėjimas kryptingai veda į (Kelseno žodžiais) teisių ir pareigų dualizmo panaikinimą, o kartu – ir subjektinės bei objektinės teisės (teisės subjektyviąja ir objektyviąja prasme) dualizmo panaikinimą. Autorius (jo manymu, įtikinamai) paneigia „tradicinės jurisprudencijos“ iliuziją, kad teisės subjektas (fizinis arba juridinis asmuo) turi kokias nors subjektines teises: subjektinės teisės tėra pareigų atspindžiai, *subjektinę teisę ir pareigą aprėpia objektinės teisės kategorija*, t. y. norma, tam tikrą elgesį susiejanti su sankcija ir šios sankcijos vykdymą padaranti priklausomą nuo to, ar to vykdymo siekiama tam tikru teisiniu veiksmu (pvz., ieškiniu)[50]. Kelseno manymu, dar Romos teisininkų „išrasta“ subjektinės teisės sąvoka tarnauja subjektyvistiniam požiūriui į teisę, o kaip tik tokio požiūrio nė iš tolo negali „įsileisti“ grynoji teisės teorija – objektyvistinis ir objektyvus mokymas apie teisę. Tik toks mokymas gali leisti suvokti kiekvieną teisės elementą *kaip visumos dalį, vykdantį tam tikrą funkciją visumos atžvilgiu*. Kelsenas skelbia, kad jo teorija yra išties *organiška* teorija – ji leidžia suvokti teisę kaip „organizmą“.

Teisės normos, jos pagrindų ir elementų analizė yra tai, ką Kelsenas vadina *statiniu teisės aspektu*, arba statine teisės teorija. Statinę teisės teoriją domina normų reguliuojamas žmonių elgesys, jos objektas – teisė kaip galiojančių normų sistema. Tačiau grynoji teisės teorija būtų nepilna, jeigu neturėtų kitos dalies – *dinaminio teisės aspekto*, arba dinaminės teisės teorijos, kurios objektas yra žmonių elgesį reguliuojančios normos ir kurią domina teisėkūros bei teisės taikymo procesas. Kelsenas ypač pabrėžia, kad teisėkūros ir teisės taikymo procesus taip pat reguliuoja teisė, t. y. teisė reguliuoja savikūrą ir savęs taikymą. Išties *nėra tokių dalykų, kurių teisė negalėtų reguliuoti* (kitas klausimas, koks to reguliavimo efektyvumas). Pripratusiems prie aksiomos, kad teisė reguliuoja elgesį, o ne mintis ar jausmus, Kelsenas sako: ne, teisė gali reguliuoti ir šiuos dalykus. Tai – žingsnis teisės, kaip visa persmelkiančio reguliatoriaus, sampratos link, *teisinio panteizmo* link[51].

Konstruodamas teisės sistemos sampratą, Kelsenas (kaip ir Benthamas, Austinas ir Hartas, nors jų visų terminija skiriasi) neleidžia sau nukrypti nuo prielaidos, kad teisė susideda tik iš normų, kitaip tariant, kad kiekvienas teisinio teksto elementas yra norma. Jeigu kokie nors teisės sistemos elementai (teisės aktai) neprodukuoja normų, jie vis tiek turi būti susiję su teisės normomis tuo atžvilgiu, kad jie daro poveikį teisės normų buvimui arba taikymui, – tik tokiu atveju jie yra teisiškai relevantiški[52]. Bet Kelse-

[50] Kritinių teisės studijų sąjūdis taip pat iš pagrindų atmeta subjektinių teisių idėją (vadinamojo teisių fetišizmo kritika), bet jo atstovai teigia, jog subjektinės teisės fetišizuojamos dėl to, kad teisiniame diskurse jos *yra* absoliuti vertybė, o ne dėl to, kad (kaip mano Kelsenas) jos yra *aiškinamos* kaip absoliuti vertybė (V. Kerruish. *Jurisprudence as Ideology*. London & New York: Routledge, 1991, p. 143).

[51] Plg.: „Ateistinis neigimas iškart tampa panteistine nuostata, kuri savo ruožtu transformuojasi į anarchizmą, o pastarojo neigimas ir turi būti *Reine Rechtslehre* tikslas“ (H. Gustafson. Immanence of Law. – A. Hirvonen (ed). *Polycentricity: The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, VA: Pluto Press, 1998, p. 157).

[52] J. Raz. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2nd edn). Oxford: Clarendon Press, 1990 (repr), p. 169.

nui teisės sistema – ne teisės aktų sistema, o teisės normų sistema. Kas gi visas jas sujungia į sistemą?

Dinaminės teisės teorijos pagrindas – klausimas, kas yra *teisės normos galiojimo pagrindas*. Kadangi teisė priskiriama normatyvinei tikrovei, teisės normos galiojimo pagrindas tegali būti *kita norma*. Palaipsniui ieškodamas „galutinio" teisės normų galiojimo pagrindo Kelsenas prieina prie *Grundnorm* – pamatinės normos, kuri pati jau negali būti grindžiama jokia aukštesne norma (paralelė su Harto pripažinimo taisykle čia peršasi savaime). Tokia pamatinė norma yra *preziumuojama*, ji nėra niekieno nustatyta, nes bet koks normos nustatymas turėtų remtis aukštesne norma. Ji galioja, nes yra daugiau ar mažiau *efektyvi*. Pasak Rosso, nuoroda į pamatinę normą Kelsenas iškreipia santykį tarp normos idėjos ir socialinės tikrovės (t. y. elgesio modelių)[53], tačiau Kelsenui, atrodo, tas santykis ne itin rūpi: socialinę tikrovę nuo normatyvinės tikrovės skiria grynojo normų mokslo pastatyta siena.

Postulavęs pamatinę normą, Kelsenas sukonstruoja milžinišką, bet kartu elegantišką normų piramidę, parodydamas, jog tai, ką esame įpratę vadinti teisėkūra, ir tai, ką vadiname teisės taikymu, iš esmės yra *tas pats* reiškinys: kiekvienas pozityviosios teisėkūros aktas kartu yra ir teisės (aukštesnės normos) taikymo aktas. Nuo „bendriausių" normų pereidamas prie „konkretesnių" jis galiausiai prieina prie vadinamųjų individualiųjų normų (akivaizdi amerikietiškojo realizmo ir konkrečiai – „teisėjų kuriamos teisės" koncepcijos įtaka[54] ir kartu ryžtingas posūkis nuo Austino pozityvizmo tradicijos!), t. y. bendrosiomis teisės normomis grindžiamų individualių nurodymų teisės subjektams, – individualiosios normos sukūrimu baigiasi teisėkūros procesas, o ją įvykdant (pritaikant) jokia nauja teisės norma jau nėra sukuriama. Taigi teisės taikymas yra arba žemesnės normos kūrimas aukštesnės normos pagrindu (teisėkūra), arba normos įgalinto prievartos akto vykdymas. Iš pamatinės normos gali būti išvedamos visos kitos.

Kelseno sukonstruotoje teisinės tvarkos vienovėje yra vietos ir nacionalinei (valstybių vidaus), ir tarptautinei teisei: tai – ne dvi atskiros teisės sistemos, bet vienas, „monistinis", konstruktas (beje, prieš tai įrodžius (ar parodžius?), kad tarptautinė teisė apskritai yra teisė[55]). Taip, kaip įveikiamas teisių bei pareigų ir objektinės bei subjektinės teisės dualizmas, įveikiamas ir nacionalinės bei tarptautinės teisės dualizmas. Kelsenas atvirai neprognozuoja, kad kada nors nacionalinės teisės sritį uzurpuos tarptautinė teisė, tačiau tarptautinės teisės srities plėtimąsi siaurėjant nacionalinės teisės sričiai numato (arba spėja būsiant).

Grynoji teisės teorija turinti būti (ir yra) *visos* teisės teorija (t. y. bendroji), o ne „šakinių" teorijų samplaika, ne teisės enciklopedija, ne kurios nors nacionalinės ar tarptautinės teisės sistemos aiškinimas. Dar pirmojoje grynosios teisės teorijos versijoje Kelse-

[53] A. Ross. *On Law and Justice*. London: Stevens and Sons, 1958, p. 35.

[54] H. T. Klami. General Norms and Legal Reasoning: Legal, Social and Teleological Norms as Explanations of Legal Decision-Making. – *Rechtstheorie*, 1981, Beiheft 2, S. 205.

[55] H. Bull. Hans Kelsen and Intenational Law. – R. Tur, W. Twining (eds). *Essays on Kelsen*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 322–326.

nas pabrėžia, kad „tradicinė jurisprudencija" teisės sistemą vaizduoja kaip atskirų elementų samplaiką; paprastai joje yra tam tikri *„dualizmai"* (t. y. dichotomijos): teisės ir pareigos, viešoji ir privatinė teisė, teisėkūra ir teisės taikymas, nacionalinė ir tarptautinė teisė ir pan. Išties, kai kurios analitinės jurisprudencijos doktrinos įvairias dichotomijas padarė savo atramos tašku[56]. „Dualizmai" sukuria įspūdį, kad teisėje esama daugiau skirtumų nei bendrumo. Kelsenui tai nepriimtina; jis bando parodyti, kaip tam tikri jurisprudencijos postulatai yra pravartūs ideologijai ir tiems, kurie ją gina. Ir antrajame „Grynosios Teisės Teorijos" leidime Kelsenas daugelį „tradicinės jurisprudencijos" dichotomijų, neišskiriant nė viešosios ir privatinės teisės dichotomijos, laiko dirbtinėmis, pagimdytomis subjektyvių veiksnių, nuolaidžiavimo ideologijai ir politikai, maskuojančiomis tikrąją teisės esmę ir struktūrą, ir vieną po kitos šias dichotomijas „naikina"[57]. Tačiau jos yra taip stipriai įsišaknijusios, kad Kelsenas negaili argumentų, žingsnis po žingsnio, žodis po žodžio, kontrkontrargumentas po (pasakyto arba tik menamo) kontrargumento jas ardyti. Tačiau tai – *konstruktyvus* griovimas, nes Kelseno paneigiamos „tradicinės jurisprudencijos" schemų vietoje kyla vieningos teisės sistemos rūmas, kuriame kiekviena teisinė kategorija turi savo griežtai apibrėžtą vietą ir funkciją visos sistemos atžvilgiu. Šioje nuoseklioje sistemoje *nėra vietos* teisės spragoms, normų konkurencijai, „antikonstituciniams" įstatymams ir panašiems vidiniams prieštaravimams, nes logiškai nepriekaištingoje sistemoje jų tiesiog negali būti. Bet nepakanka pasakyti „negali būti" – tai reikia įrodyti. Vadinamosios teisės spragos yra fiktyvios ir negali užkirsti kelio galiojančios teisės taikymui: pamatinė norma „uždengia" ir jas. Normų konkurencija tarp skirtingo lygmens normų negalima, ir tai yra pagrindas eliminuoti iš teisės sistemos tuos teisės aktus, kurie prieštarauja aukštesnės galios teisės aktams, pirmiausia „antikonstitucinius" įstatymus – tokio eliminavimo instrumentas yra konstitucinis teismas[58]. Tačiau kol teisės aktai, prieštaraujantys aukštesnės galios aktams, dar nėra eliminuoti iš teisės sistemos laikantis tos tvarkos, kurią legalizuoja pamatinė norma, nėra pagrindo netaikyti ginčijamų teisės aktų, jiems nepaklusti. Konkurencija tarp to paties lygmens normų „lyg ir" įmanoma, tačiau, griežtai kal-

[56] Pvz., Hohfeldo teorijoje teisiniai santykiai (t. y. teisinių kategorijų santykiai, *jural relationships*) „skyla" į teisinius koreliatus (*jural correlatives*) (teisė–pareiga; privilegija–ne-teisė; galia–atsakomybė; imunitetas–negalia) ir teisines priešybes (*jural opposites*) (teisė–ne-teisė; privilegija–pareiga; galia–negalia; imunitetas–atsakomybė).

[57] Aišku, tai įmanoma tik iš dalies. Tačiau bent „supaprastinti" pavyksta; pvz., iš valdžių padalijimo idėjos išvedamą „įprastą" sprendimų funkcijų „trichotomiją" Kelsenas „supaprastina" iki teisėkūros–teisės taikymo „dichotomijos", kartu, kaip minėta, parodydamas, jog riba tarp šių dviejų procesų yra gana sąlygiška (plg.: H. D. Lasswell, M. S. McDougal. *Jurisprudence for a Free Society: Studies in Law, Science and Policy*. Vol. I. New Haven: New Haven Press; Dordrecht, Boston & London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 107).

[58] Paradoksalu (Kelseno grynosios teorijos požiūriu), bet Kelseno „išradimas" – konstituciniai teismai (ir apskritai teismai, turintys konstitucinę jurisdikciją) praktikoje yra kur kas labiau susiję su konvencine morale (taigi su vertybėmis!) ir net ją „atnaujina", naujai išaiškindami ir šitaip pritaikydami laiko reikalavimams pasenusius įstatymus; maža to, tai gali būti viena iš konstitucinės kontrolės legitimumo prielaidų (žr.: W. Sadurski. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht, Boston & London: Kluwer Academic, 1990, p. 29–56).

bant, ji iš tikrųjų reiškia, kad įstatymų leidėjas sukūrė beprasmybę, tad jo normos kūrimo „aktas“ apskritai nėra aktas, nes jo subjektyviosios prasmės negalima interpretuoti kaip objektyviosios prasmės. Tad tokiu atveju išvis vargu ar galima kalbėti apie kokią nors normą (normas), juolab apie jų konkurenciją.

Kelseno teisinį panteizmą vainikuoja toks teisės ir valstybės santykio klausimo sprendimas, kai valstybė traktuojama kaip dar viena teisės sistemos apraiška arba aspektas, paprasčiau tariant, kaip *teisės sinonimas*: nei teisės, nei valstybės negalima suvokti kitaip, kaip prievartinės žmonių elgesio tvarkos. Teisiškai valstybė nėra nei kažkas daugiau, nei kažkas mažiau už teisę. Vadinasi, netenka pagrindo mėginimas valstybę legitimuoti kaip teisinę, kaip *Rechtsstaat*: jis, pasak Kelseno, yra bergždžias, nes kiekviena valstybė yra „teisinė“ tuo atžvilgiu, kad kiekviena valstybė yra teisinė tvarka. Šitaip teisinės valstybės samprata tampa grynai semantine problema[59]. Jeigu teisinės valstybės samprata susiaurinama iki valstybės, atitinkančios demokratijos ir teisinio saugumo reikalavimus, tai ir vėl pasiduodama prigimtinės teisės prietarui, esą „tikroji“ teisė yra tik toji, kuri atitinka minėtus reikalavimus, – vadinasi, jurisprudencija vėl pajungiama ideologijai. Valstybės ir teisės supriešinimo panaikinimą Kelsenas laiko vienu ryžtingiausių ir taikliausių savo teorijos smūgių ideologijai. Kaip nepopuliaru būtų tokias mintis dėstyti, tarkime, ne akademinei auditorijai, bet rinkėjams, tikriausiai nereikia nė sakyti.

Svarbu ne tik ir ne tiek čia trumpai išdėstytos Kelseno koncepcijos nuostatos, kiek tai, kaip kruopščiai ir visapusiškai grynosios teisės teorijos autorius jas pagrindinėja ir įrodinėja. Dėl to grynosios teisės teorijos studijos nėra tik šios knygos „perskaitymas“ – prireiks nemažų studijuojančiojo pastangų ir intelektinio darbo įtampos (o norint geriau suvokti grynąją teisės teoriją, kuri pati seniai tapo mokslinio tyrimo objektu, – ir panagrinėti kai kurių Kelseno aiškintojų bei kritikų darbus[60]).

VII

Kadangi vienintelė, nekvestionuojama, visus tenkinanti teisės samprata iš esmės neįmanoma (dėl anksčiau nurodytų aplinkybių), negali būti išimtis nė Kelseno teorija, kad ir kokia nuosekli ir įtikinama ji būtų. Metus iššūkį visoms kitoms teisės paradigmoms (ir

[59] R. Cotterrel. *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*. London & Edinburgh: Butterworths, 1989, p. 113.

[60] Čia nurodomos tik kelios iš gausybės knygų, skirtų Kelseno (arba *inter alia* Kelseno) teorijos analizei: *Essays in Honour of Hans Kelsen*. – *California Law Review*, 1971, vol. 59, No. 3 (special issue); W. Ebenstein. *The Pure Theory of Law*. New York: Keley, 1969; J. W. Harris. *Law and Legal Science*. Oxford: Oxford University Press, 1979; K. Lee. *The Legal–Rational State: A Comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore & Sydney, 1990; Id. *The Positivist Science of Law*. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore & Sydney, 1989; R. Moore. *Legal Norms and Legal Science: A Critical Study of Kelsen's „Pure Theory of Law“*. Honolulu: University of Hawaii Press, 1978; J. Raz. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* (2nd edn). Oxford: Clarendon Press, 1980; Id. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979. R. Tur, W. Twining (eds). Op. cit.

ne tik joms, bet ir kai kurioms įsišaknijusioms mokslo teorijos, filosofijos ir socialinių mokslų tiesoms) nereikia tikėtis, kad visus pavyks atversti į savo tikėjimą. Kelseno teorijos kritikai puola ją „visu frontu", ir negalima sakyti, kad jų kontrargumentai visada šauna pro šalį (bent ne visi)[61].

Tikriausiai nereikia nė sakyti, kad Kelseno vertybinio neutralumo doktrinos postulatus kritikuoja įvairūs prigimtinės teisės mokyklos atstovai. Tai savaime suprantama. Moralizuojančios kritikos smaigalys paprastai nukreiptas į vadinamąjį *teisinį formalizmą*: jeigu teisė suvokiama kaip *forma*, tai tarsi leidžiama pateisinti bet kokią savivalę teisėje[62]. Čia ir yra didysis Kelseno moralistinės kritikos paradoksas: juk Kelsenas nė nenori ko nors *teisinti*, jis tenori *aprašyti* ir *paaiškinti*. Kaltinantieji Kelseną savivalės (pa)teisinimu jo lyg nė negirdi, jie negali atsikratyti kažkur pasąmonėje glūdinčios išankstinės nuostatos, kad mokslas, jeigu jis vykdo kokią nors socialinę funkciją, turi kam nors *tarnauti* – tegu ir kilniems idealams. O Kelseno žvilgsniu, objektyvus mokslas niekam netarnauja, ir kuo jis objektyvesnis, *tuo sunkiau* juo „prisidengti", panaudoti jį ideologiniams ir propagandiniams tikslams. Jeigu vis dėlto tai daroma, mokslas čia niekuo dėtas[63]. Galiausiai teisinis formalizmas yra *suvaržymas,* ir šiuo požiūriu galima kalbėti apie „teisės formalų moralumą"[64].

Tačiau kur kas įdomesnis yra oponavimas Kelseno metodologijai. Antai teigiama, kad (Kelseno požiūriu) gamtos mokslams būdingo prisiejimo principo negalima priešpriešinti priežastingumo principui, nes gamtos mokslai nesivadovauja *tik* priežastingumo princi-

[61] Oponuojančioms koncepcijoms plačiau aptarti prireiktų išsamios studijos. „Koncentruotą" Kelseno teorijos kritiką žr.: H. Davies, D. Holfcroft. *Jurisprudence: Texts and Commentary*. London, Dublin & Edinburgh, 1991, p. 142–145; S. P. Sinha. Op. cit., p. 141–144; J. Stone. *Legal System and Lawyers' Reasonings*. London: Stevens and Sons, 1964, p. 120–136. Kelseno doktrinos (kai kurių aspektų) kritiką originalioje lietuviškoje literatūroje žr.: M. Römeris. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė*. I dalis. *Valstybė*. I tomas, p. 281–283 (čia iš esmės perpasakojami Duguit kontrargumentai).

[62] Pvz., žr.: V. S. Nersesianc. *Filosofija prava*. Norma–Infra·M, 1998, s. 593.

[63] Kaip tik dėl to negalima sutikti su tokia Kelseno vertybiškai neutralaus pozityvizmo (normatyvizmo) kritika, kai teigiama, esą „normatyvizmas <...> iškrėtė sau linksmą pokštą. Izoliuodamas teisę nuo socialinio intereso, H. Kelzenas [t. y. Kelsenas] siekė atskirti teisę nuo politikos, o iš tikrųjų padarė teisę tinkamesnę tarnauti bet kokiai politikai. Būtent dėl šio vertybinio neutralumo normatyvizmas tapo tinkamiausia paslauga totalitariniams režimams" (A. Vaišvila. Op. cit., p. 85). Kaltinti grynąją teisės teoriją tuo, kad ji tapo (arba gali tapti) kokios nors (tegu ir pačios atgrasiausios) politikos įrankiu tolygu kaltinti lazdą, kad ja galima mušti. Nė kiek ne mažiau nei normatyvizmu antidemokratiniai režimai naudojasi „ideologiškai kryptingesnėmis" teorijomis – marksizmu ar jo pseudopritaikymu vadinamojo „realaus socializmo" politinei sistemai („teisė – tai viešpataujančios klasės valia", „socialistinė teisė – tai visos liaudies valia"), realizmu („teisė yra tai, ką nuspręs teismai", kurie, beje, gali būti *ir* priklausomi nuo politinės valdžios), istorinės teisės mokyklos teiginiais („teisė glūdi tautos dvasioje", tad jokių „progresyvių inovacijų" neturi būti), net dieviškosios teisės mokyklos idėjomis („visa valdžia – iš Dievo"). Politika (taip pat totalitarinė, bet ne tik ji) visuomet ras teorijų, kuriomis pasinaudos. Kelseno lozungas „teisė reguliuoja savikūrą" išties nesustabdė valdžios augimo ir valstybę varžo nebent procedūriškai (R. Cotterrell. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 242).

[64] Plg.: J. Raz. Formalism and the Rule of Law. – R. P. George (ed). *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 317–329. Priešingą nuomonę žr.: E. J. Weinrib. Legal Formalism. – D. Patterson (ed). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden, MA & Oxford: Blackwell, 1999, p. 332–342.

pu, o normų mokslai – *tik* prisiejimo principu. Gamtos moksluose ne visuomet įmanoma aiškiai išskirti priežastis ir padarinius, o vienos iš tam tikrą dėsningumą aiškinančių hipotezių pasirinkimas neretai yra susitarimo dalykas, be to, kai kurie gamtos mokslai (pvz., elementariųjų dalelių fizika) gana smarkiai remiasi tikimybių skaičiavimu, anaiptol neleidžiančiu konstatuoti griežtos priežastinės funkcinės priklausomybės. Ir socialiniai bei humanitariniai mokslai (tarp jų ir jurisprudencija bei etika) nėra tik normų mokslai, t. y. mokslai apie *privalomybę*, nes teisė yra ne tik loginis reiškinys, bet ir socialinis faktas: kitas klausimas, ar teisė, kaip socialinis reiškinys, paklūsta kokiems nors logikos dėsningumams, o jeigu taip – kokiems. Kad galimas ir kitas būdas – ne atsiriboti nuo kitų metodų, o siekti darnos su jais, parodė ir pozityvistas Hartas, ir realistai. Jeigu pamatinė norma galioja dėl to, kad yra daugiau ar mažiau efektyvi, tai jos didesnio ar mažesnio efektyvumo konstatavimas yra ne teisės, o fakto klausimas, ir į jį gali atsakyti ne jurisprudencija, o politinė bei socialinė teorija. Kai kurie kritikai nurodo ir kitas Kelseno paliktas landas, per kurias į griežto normatyvumo tvirtovę įsiskverbia faktografija ir faktologija; antai jis rašo, kad pamatinė norma gali būti pakeista revoliucijos būdu arba kad individualioji norma gali nustoti galiojusi dėl teisinės tvarkos neefektyvumo[65]. Kita vertus, normos *visiškas* neefektyvumas savaime nereiškia, kad ji formaliai, „teisiškai" negalioja, nes *faktinis* jos realizavimo nutraukimas (pvz., okupavus valstybę ir ėmus joje taikyti šalies okupantės teisę) negali sugriauti loginių didžiosios normų piramidės ryšių.

Griežtos ribos nubrėžimas tarp privalomybės ir esamybės šiek tiek paradoksalus: privalomybė yra *socialinės tikrovės* privalomybė, vadinasi, tarp jų turi būti *kažkoks* ryšys, sąsaja. Neatsitiktinai teisės studijos universitetuose neapsiriboja teisės sistemos *per se* studijomis – jos apima ir teisės poveikio faktiniams santykiams nagrinėjimą. Neatsitiktinai teisės mokslo ir kitų mokslų sandūroje ne tik susiformavo, bet ir nuolat „auga" bent kelios kompleksinės disciplinos, inkorporuojančios ir teisės mokslui, ir kitiems mokslams būdingus metodus (teisės istorija, teisės sociologija, teisinė antropologija, teisinė psichologija, politinė jurisprudencija, teisminė statistika, kriminologija ir kt.): jeigu „gryna" jurisprudencija, iš kurios „išvalyti" politikos mokslai, sociologija ir kiti socialiniai (ir ne tik socialiniai) mokslai, sugebėtų paaiškinti ne tik teisės vidinę organizaciją, bet ir jos išorinius ryšius, matyt, tokios tendencijos nebūtų. Kelseno grynoji teisės teorija suvis „atmeta tarpdiscipliniškumo galimybę"[66]. Galima sakyti ir taip: „valydamas" iš teisės vertybes, atribodamas teisės mokslą nuo ideologijos, Kelsenas nuėjo šiek tiek per toli – jis nubraukė ir teisės išorinius ryšius ir taip apribojo teisės pažinimo galimybes. Ryžtingai sugriaudamas „tradicinės juris-

[65] Šiuo atžvilgiu Kelseną gal ir galima bandyti kritikuoti už teisės *netiesioginį* pajungimą politikai. Jeigu revoliucija yra sėkminga, teisės mokslas turi konstatuoti atsiradus naują (efektyvią) *Grundnorm*, o teisėjai, taikantys teisę, turi, sekdami teisės mokslu, ją pripažinti ir ja vadovautis. Šitaip teisėjai raginami „prisijungti prie revoliucijos", palaikyti nugalėjusį revoliucinį režimą (plg. H. Davies, D. Holfcroft. Op. cit., p. 142–145, kur daugiausia remiamasi Jamesu Williamu Harrisu). Bet Kelsenas šią problemą sprendžia apeliuodamas į viešąją tarptautinę teisę, kuria remiantis yra pripažįstami revoliuciniai režimai (J. M. Kelly. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 389).

[66] P. Roberts. Observations on Method in Legal Theory and Linguistics. – S. Guest (ed). *Positivism Today*. Aldershot, Brookfield, Singapore & Sydney: Dartmouth, 1996, p. 85.

prudencijos" dichotomijas, jis sukūrė vieną naują dichotomiją – *priežastingumo–prisiejimo* dichotomiją moksliniame pažinime; tik tokia kaina buvo įmanoma „išgryninti" teisės mokslą. Ar ta kaina ne per didelė, klausimas lieka atviras.

Kelsenas yra kritikuojamas (pvz., ir neopozityvisto Harto, ir realisto Rosso) ir už kitą jo sukurtą dichotomiją (tiesiogiai išplaukiančią iš ką tik minėtos), pagal kurią teisės normos yra preskriptyvios, o teisės taisyklės – deskriptyvios. Reikalas tas, kad Kelseno teorija nesiekiama aprašyti galiojančios teisės, ja siekiama tik aprašyti teisę kaip reiškinį, t. y. parodyti, *kaip* (kokiomis būtent sąvokomis ir kategorijomis) turėtų būti aprašoma konkreti teisės sistema. Pati grynoji teisės teorija *neformuluoja* deskriptyvių teisės taisyklių, ji tik parodo (ar pretenduoja parodyti), kaip tai daryti. Deskriptyvusis teisės mokslas, kuriam Kelsenas tariasi nurodęs kryptį, iš tikrųjų produkuos teiginius apie teisės taisyklių, ne apie teisės normų, prasmę, nes teisės aktuose *jau* formuluojamos teisės taisyklės, apibūdinančios teisės normas, tad tikrasis teisės mokslo objektas nebus normos kaip *privalomybė*. Ar šis priekaištas Kelseno teorijai įtikina – tai kitas klausimas. Tačiau galima teigti, kad Kelseno bendroji teorija yra veikiau ne teisės teorija, o teisės mokslo metodologija, paliekanti gana daug erdvės „autonomiškam" teoretizavimui, o kartu – ir neaiškumams, kur baigiasi teisinio autoriteto sukurtas teisinis tekstas ir kur prasideda šio teksto prasmės aiškinimas kaip teisės mokslas.

Galima kvestionuoti ir Kelseno teisės sistemos sampratą. Teisės sistema *gali* būti traktuojama kaip loginė sistema, tačiau tokia galimybė iš esmės nepaneigia galimybės ją traktuoti *ir* kaip įstatymų (teisės aktų) sistemą, ir kaip sistemą iš teisės taikymo ar aiškinimo pozicijų, ir net kaip nesisteminį darinį[67]. Kita vertus, Kelseno teisės sistema yra uždara sistema, tuo tarpu visuotinai *tikima*, kad teisės sistemos yra atviros sistemos, t. y. tokios, kurios suteikia saistančią galią tai sistemai nepriklausančioms normoms[68]. Abejojama ir skirtingų valstybių nacionalinių teisės sistemų priklausomybe *tai pačiai* „visuotinei" teisės sistemai[69]. Bet daugiausia kritikos sulaukia Kelseno „didžioji piramidė" ir jos pagrindas – pamatinė norma. Pamatinės normos (arba *Grundnorm*) idėja, kurią Kelsenas taip atkakliai įrodinėjo ir gynė, yra be galo patraukli. Tačiau *kas* gi yra toji pamatinė norma? Juliusas Stone'as ją vadina „paslaptinga" ir „mistine"[70]. Koks yra pamatinės normos *turinys*? Šiuo klausimu nesutaria net Kelseno sekėjai; paties Kelseno nuoroda į sutarčių laikymosi principą (*pacta sunt servanda*) ne visus patenkina. Kadangi pamatinė norma nėra pozityvi, o yra tik preziumuojama, čia kartais įžvelgiama galimybė jai virsti

[67] Plačiau, pvz., žr.: Å. Frändberg, M. Van Hoecke (eds). *The Structure of Law: Proceedings of the 2nd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Uppsala, Dec 11–13, 1986*. Uppsala: Iustus, 1987; C. Sampford. *The Disorder of Law: A Critique of Legal Theory*. Oxford & New York: Basil Blackwell, 1989.

[68] J. Raz. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 152–154. Alternatyvias atvirų teisės (normatyvinių) sistemų sampratą žr.: C. E. Alchourrón, E. Bulygin. *Normative Systems*. New York & Wien: Springer, 1971, p. 116–144.

[69] Harto nuomonę, kad, pvz., nei Sovietų Sąjungos teisės galiojimas negali būti kildinamas iš Didžiosios Britanijos teisės, nei atvirkščiai, žr.: H. L. A. Hart. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. – H. E. Kiefer, M. K. Munitz (eds). *Ethics and Social Justice*. Albany: State University of New York Press, 1968, p. 179–180.

[70] J. Stone. Op. cit., p. 122.

Kelseno taip neigtos prigimtinės teisės idėja, tam tikro idealaus teisingumo prezumpcija[71]. Norint išlaikyti *Grundnorm* ir kartu nepadaryti nė menkiausio reveranso prigimtinei teisei, matyt, būtina į teisės teoriją „įsileisti" „bent šiek tiek" sociologizmo (pavyzdžiui, kaip Hartas, formulavęs savąją pripažinimo taisyklę). Bet Kelsenas tiki, kad be to galima ir reikia apsieiti: teisės teorijos „grynumas" jam yra jos objektyvumo ir teisingumo *conditio sine qua non*.

Apskritai *Grundnorm* koncepcija, perkėlusi pamatinę normą į tarptautinės teisės (vadinasi, *faktiškai* į tarpvalstybinių santykių) sritį, padarė didelę įtaką tarptautinės teisės mokslo plėtrai. Tačiau, be monistinės doktrinos, teigiančios valstybių vidaus teisės ir tarptautinės teisės vienovę, esama ir ne mažiau įtakingos dualistinės doktrinos, pagal kurią tarptautinė teisė ir nacionalinė teisė yra skirtingos, netgi atskiros, nors ir tarp savęs sąveikaujančios sistemos. Vieningos „pasaulinės" teisės, kaip universalios sistemos, hipotezė nėra itin palankiai vertinama; jos, beje, kol kas nepatvirtina ir praktika, ir socialinis mokslas, kuriam tautų, kultūrų ir politinių sistemų skirtumai nepasiduoda ištrinami tik dėl to, kad to reikalauja „akademinė" logika[72]. O ir monistinė doktrina nebūtinai teigia tarptautinės teisės pirmenybę (arba viršenybę): yra ir kita monistinės doktrinos atmaina, tvirtinanti, jog pirmenybė teiktina nacionalinei teisei. Ir šios krypties atstovai, ir (ypač) dualistai kritikuoja Kelseną už valstybių suvereniteto ignoravimą, net „atvirą" neigimą, nors vargu ar visiškai pagrįstai: Kelsenas nori, kad teisės teorija netarnautų nei pacifizmo ideologijai (kuriai, pasak jo, tarnauja tarptautinės teisės primato akcentavimas), nei imperializmo ideologijai (kuriai, jo įsitikinimu, tarnauja valstybių suvereniteto suabsoliutinimas). Jis ieško vidurio kelio – ir randa jį riboto suvereniteto idėjoje, kurią, deja, jau vėliau sukompromitavo politinė praktika (pakanka prisiminti liūdnai pagarsėjusią Brežnevo doktriną). Kvestionuojant suvereniteto ribojimo idėją, kartu yra kvestionuojama ir tarptautinės bei nacionalinės teisės vienovės idėja, taigi jų priklausymas viena *Grundnorm* grindžiamai visuminei teisinei tvarkai. O tai jau žingsnis teisės normų hierarchinės sistemos neigimo (ar bent tam tikrų išlygų joje darymo) link.

Galiausiai Kelseno teisės normų hierarchija yra kvestionuojama dar dviem atžvilgiais. Pirma, kai kurie žymiausi konstitucionalistai Kelseną kritikuoja už tai, kad jis konstituciją, kaip teisės hierarchijos pagrindą, suvokia statiškai, ignoruoja tai, jog ji nuolat kinta[73]. Paradoksalu, tačiau Kelseno konstitucijos teorija priklauso tai grynosios teorijos daliai, kurią įprasta vadinti dinaminiu teisės aspektu, arba dinamine teisės teorija. Pastatęs sieną tarp grynosios teisės teorijos ir bet kokio sociologizmo, Kelsenas, matyt, gali nesun-

[71] Plg.: A. Jaščenka. Op. cit., p. 15.

[72] M. Römeris rašo: „Monizmas čia, tiesa, laimi paskutines pliuralizmo pozicijas, tačiau tasai monistinio racionalizmo laimėjimas pasiekiamas tiktai tikrenybės aukos kaina, nes tarptautinis teisės primatas paverčiamas tarptautinės universalinės valstybės teigimui, o šisai teigimas yra aiškiai priešingas tikrenybei. Ši pasaulinio tarptautinio imperializmo konstrukcija, kuri visas valstybes įterpia į tarptautinę valstybinę „Civitatem maximam", sudaro ryškų dirbtinį tikrenybės paaukojimą doktrinai („fiat doctrina, pereat veritas")" (M. Römeris. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė*. II dalis. *Konstitucinės institucijos*. I tomas. *Suverenitetas*, p. 226).

[73] Pvz., plg.: C. Friedrich. *Constitutional Government and Democracy*. Waltham, MA: Blaisdell, 1968, p. 602.

kiai atmesti bet kokią bihevioristinę kritiką. Antra (šią kritiką sunkiau atmesti), kad visuomenėje ir valstybėje paprastai veikia ne viena teisės sistema, o jų kompleksas, daugetas. Prekybos bei jūreivystės papročiai ir bažnytinė teisė paprastai turi valstybės pripažįstamą autonomiją, kurią nesunkiai galima legitimuoti ir legalizuoti remiantis pamatinės normos postulatu. Tačiau įvairios teisinio pliuralizmo koncepcijos nurodo esant ir daugiau tarp savęs konkuruojančių valstybės sankcionuotų elgesio reguliatorių, ir šią konkurenciją ne visada galima *išspręsti* darant nuorodą į preziumuojamą pamatinę normą (arba į konstituciją). O pridūrus, kad faktiškai žmonių elgesį reguliuoja ne tik teisė, bet ir gausybė kitų socialinių normų, jau neminint tokių nenormatyvinio pobūdžio veiksnių kaip interesai ir t. t., didžioji piramidė tampa tik vienu (nors ir labai grakščiu) iš gausybės statinių bekraščiame „teisiniame-urbanistiniame" peizaže.

Kad ir kas būtų teisus kiekvienu konkrečiu klausimu (Kelsenas ar jo oponentai), pats bandymas sukonstruoti *idealią* teisės sistemą, paklūstančią griežtai logikai ir dėl to *aiškią, prognozuojamą, nuspėjamą*, vertas ir pagyrimo, ir pasigėrėjimo. Idealas kaip tik dėl to ir yra idealas, kad yra nepasiekiamas. Tačiau teisės mokslininkų pastangos, visa teisės mokslo raida buvo ir bus nukreipta į šio idealo siekimą. Kelsenas šioje srityje padarė kur kas daugiau negu kai kurios kelios teisės teorijos mokyklos kartu paėmus.

I. TEISĖ IR GAMTA

1. „GRYNOJI“ TEORIJA

Grynoji Teisės Teorija yra pozityviosios teisės teorija. Ši teorija skirta pozityviajai teisei apskritai, o ne kuriai nors specifinei teisinei tvarkai. Ji yra bendroji teisės teorija, o ne tam tikrų nacionalinių arba tarptautinių teisės normų aiškinimas; vis dėlto ji teikia ir aiškinimo teoriją.

Išskirtinis jos, kaip teorijos, tikslas – suvokti ir aprašyti savo objektą. Teorija sprendžia klausimą, kas *yra* teisė ir kokia ji yra, o ne klausimą, kokia *turi būti*. Ji yra teisės mokslas (jurisprudencija), o ne teisės politika.

Ją vadiname „grynąja“ teisės teorija, nes ji tik aprašo teisę ir mėgina pašalinti iš šio aprašymo visa, kas nėra teisė griežtąja prasme: jos tikslas – išlaisvinti teisės mokslą nuo svetimų elementų. Tai – metodologinis teorijos pagrindas.

Toks požiūris atrodo savaime suprantamas. Tačiau žvelgiant į tradicinį teisės mokslą, kuris klostėsi XIX ir XX a., aiškiai matyti, jog jis toli gražu netenkina grynumo reikalavimo; teisės mokslas nekritiškai suplakamas su psichologijos, sociologijos, etikos ir politikos teorijos elementais. Tokia samplaika suprantama, nes šios disciplinos tiria dalykus, glaudžiai susijusius su teise. Tačiau Grynoji Teisės Teorija teisės suvokimą siekia atriboti nuo šių disciplinų. Ji tai daro ne todėl, kad ignoruoja arba neigia jų sąsajas, o todėl, kad siekia išvengti nekritiško metodologiškai skirtingų disciplinų mišinio (metodologinio sinkretizmo), kuris trukdo suvokti teisės mokslo esmę ir ištrina ribas, jam nustatytas jo objekto prigimties.

2. AKTAS IR JO TEISINĖ PRASMĖ

Jeigu gamtos mokslus skiriame nuo socialinių mokslų, gamtą ir visuomenę laikydami dviem skirtingais mokslinio pažinimo objektais, tai kyla klausimas, ar teisės mokslas laikytinas gamtos, ar socialiniu mokslu, t. y. ar teisė laikytina gamtiniu, ar socialiniu reiškiniu. Tačiau nėra lengva aiškiai apibrėžti gamtos ir visuomenės skirtumą, nes visuomenę, kaip realų žmonių bendrabūvį, galima suvokti kaip gyvybės apskritai dalį, taigi kaip gamtos dalį. Be to, atrodo, kad teisė arba tai, kas paprastai vadinama teise, bent iš dalies

priklauso gamtai ir egzistuoja „natūraliai". Juk analizuojant bet kurį „teisinį" arba su teise susijusį faktą, kaip antai parlamento sprendimą, administracinį aktą, teismo sprendimą, sutartį arba nusikaltimą, galima išskirti du elementus: viena, turime tam tikru laiku ir tam tikroje vietoje vykstantį jutimiškai suvokiamą aktą arba tam tikrų aktų seką, kitaip tariant, išorinę žmonių elgesio raišką; kita, turime šio akto teisinę prasmę, t. y. prasmę, kurią jam suteikia teisė. Pavyzdžiui, žmonės susirenka didelėje patalpoje, sako kalbas, kai kurie kelia rankas, kiti nekelia – visa tai yra išorinis vyksmas. Jo prasmė yra ta, kad išleidžiamas įstatymas, kuriama teisė. Čia pamatome (teisininkams pažįstamą) įstatymų leidybos proceso ir jo produkto – įstatymo – skirtumą. Kiti pavyzdžiai: mantija apsigaubęs žmogus, kalbėdamas nuo pakylos, pasako keletą žodžių priešais stovinčiam žmogui. Teisinė šio išorinio vyksmo prasmė yra ta, kad priimamas teismo sprendimas. Pirklys rašo tam tikro turinio laišką kitam pirkliui, kuris savo ruožtu jam atsako laišku: tai reiškia, jog jie sudarė teisiškai saistančią sutartį. Kas nors sukelia kieno nors mirtį: teisiškai tai reiškia nužudymą.

3. SUBJEKTYVIOJI IR OBJEKTYVIOJI AKTO PRASMĖ; JO AUTOINTERPRETACIJA

Akto, kaip išorinio fakto, teisinė prasmė nėra tiesiogiai suvokiama jusliniu būdu, kaip, pavyzdžiui, galima suvokti objekto spalvą, svorį, kietumą arba kitas fizines savybes. Žinoma, racionaliai veikiantis žmogus savo aktui teikia tam tikrą prasmę, kuri yra vienaip ar kitaip išreiškiama, tad ir suvokiama kitų žmonių. Ši subjektyvioji akto prasmė nebūtinai atitinka jo objektyviąją prasmę, t. y. tą prasmę, kurią aktas turi teisės požiūriu. Pavyzdžiui, žmogus raštu išdėsto, kas su jo turtu darytina po jo mirties. Subjektyvioji šio akto prasmė yra testamentas. Tačiau objektyviai tai nebus testamentas, nes nebuvo paisoma tam tikrų teisinių formalumų. Tarkime, slapta organizacija, siekianti išvaduoti valstybę nuo kenkėjiškų elementų, pasmerkia mirčiai tariamą išdaviką, o vienas iš tos organizacijos narių įvykdo tai, ką jie subjektyviai tiki esant ir vadina „mirties bausme"; tačiau objektyviąja teisine prasme šiuo atveju įvykdoma ne mirties bausmė, bet politinė žmogžudystė, nors išoriškai politinė žmogžudystė niekuo nesiskiria nuo teisiškai vykdomos mirties bausmės.

Rašytinis arba žodinis aktas net pats gali kai ką byloti apie savąją prasmę. Čia išryškėja teisinio pažinimo objekto specifika. Augalas jį klasifikuojančiam botanikui nieko negali pasakyti apie save. Jis nemėgina paaiškinti savęs moksliškai. Tačiau žmogiškosios elgsenos aktas išties gali teikti jo teisinę autointerpretaciją: jame gali būti teiginys, nurodantis jo teisinę prasmę. Antai parlamente susirinkę žmonės gali tiesiogiai pareikšti, jog jie išleidžia įstatymą; žmogus, duodantis nurodymus dėl disponavimo jo turtu, gali tai vadinti savo „paskutine valia ir testamentu"; du žmonės gali skelbtis sudarą sutartį. Tad teisę nagrinėjantis mokslininkas kartais susiduria su teisine autointerpretacija, aplenkiančia jo paties aiškinimą.

4. NORMA

a) Norma kaip aiškinimo schema

Išorinis faktas, kurio objektyvioji prasmė yra teisėtas arba neteisėtas aktas, visada yra jutimiškai suvokiamas įvykis (nes vyksta laike ir erdvėje), taigi ir gamtos reiškinys, determinuojamas priežastingumo. Tačiau šis įvykis pats savaime, kaip gamtos elementas, nėra teisinio pažinimo objektas. Šį įvykį teisėtu arba neteisėtu aktu padaro ne jo fizinis egzistavimas, sąlygojamas gamtoje dominuojančių priežastingumo dėsnių, bet jo objektyvioji prasmė, atsirandanti jį aiškinant. Specifiškai teisinė akto prasmė kildinama iš „normos", kurios turinys šį aktą nurodo; aktui teisinę prasmę suteikia norma, tad jį galima aiškinti pagal šią normą. Norma funkcionuoja kaip aiškinimo schema. Kitaip tariant, sprendimas, kad tam tikras laike ir erdvėje vykstantis žmogiškosios elgsenos aktas yra „teisėtas" (arba „neteisėtas"), – tai specifinio, būtent normatyvinio, aiškinimo rezultatas. Ir net požiūris, kad šis aktas savo pobūdžiu yra gamtinis reiškinys, taip pat yra specifinis, būtent priežastinis, o ne normatyvinis aiškinimas. Norma, aktui suteikianti teisėtumo arba neteisėtumo prasmę, pati yra sukuriama aktu, kuris teisinę prasmę savo ruožtu įgyja iš kitos normos. Tam tikrą aktą kvalifikuodami kaip mirties bausmės vykdymą, o ne kaip nužudymą, negalime remtis juslių duomenimis; tokį kvalifikavimą nulemia mąstymo procesas, t. y. šio akto gretinimas su baudžiamuoju ir baudžiamojo proceso kodeksais. Minėtas pirklių pasikeitimas laiškais teisiškai tampa sutartimi vien dėl to, kad tas pasikeitimas tenkina tam tikras civiliniame kodekse apibrėžtas sąlygas. Dokumentas objektyviai *ir* subjektyviai tampa galiojančiu testamentu dėl to, kad atitinka šiame kodekse nustatytas sąlygas. Žmonių susirinkimas yra parlamentas, o jų akto prasmė yra įstatymas, nes visi šie faktai atitinka konstitucijoje išdėstytas normas. O tai reiškia, kad realus vyksmo turinys atitinka normą, kuri akceptuojama kaip galiojanti.

b) Norma ir normos kūrimas

Normos, kurios savo pobūdžiu yra teisės normos ir tam tikrus aktus įprasmina kaip teisėtus arba neteisėtus, yra teisės mokslo objektas. Teisinė tvarka, kuri yra šio pažinimo objektas, yra normatyvi žmogiškosios elgsenos tvarka – žmonių elgesį reguliuojančių normų sistema. Kalbėdami apie „normą" turime galvoje tai, kad kažkas *privalo* (*ought*) būti arba *privalo* įvykti, ir konkrečiai – kad žmogus privalo elgtis tam tikru būdu. Šią prasmę turi kai kurie žmonių aktai, skirti kitų žmonių elgesiui. Jie pasižymi šiuo kryptingumu, jeigu savo turiniu tą elgesį įsako (*command*), taip pat jeigu jį leidžia (*permit*), o ypač – jeigu jį įgalina (*authorize*). „Įgalinti" – tai kitam suteikti tam tikrą galią, ypač galią pačiam kurti normas. Šiuo požiūriu aktai, kurių prasmė yra norma, yra valios aktai. Jeigu individas savo aktais išreiškia valią, nukreiptą į tam tikrą kito individo elgesį, kitaip tariant, jeigu jis įsako, leidžia arba įgalina tam tikrą elgesį, tada jo aktų prasmę galima nusakyti ne teiginiu, jog kitas individas *elgsis* (būsimasis laikas) nurodytu būdu, o tik teiginiu, jog jis *privalo* taip elgtis. Individas, kuris įsako, leidžia arba įgalina, *pareiškia*

savo valią; individas, kuriam įsakymas, leidimas arba įgalinimas adresuojamas, *privalo*. Žodis „privalo" čia vartojamas platesne nei įprasta prasme. Įprasta vartosena „privalėjimas" susiejamas tik su įsakymu, tuo tarpu „gali" (*may*) susiejamas su leidimu, o „turi galią" (*can*) – su įgalinimu. Tačiau šiame veikale žodis „privalo" vartojamas akto, nukreipto į kitų elgesį, normatyviai prasmei apibūdinti; šis „privalo" aprėpia ir „gali" bei „turi galią". Jeigu žmogus, kuriam įsakoma, leidžiama arba kuris įgalinamas elgtis tam tikru būdu, kelia tokio įsakymo, leidimo arba įgalinimo pagrindimo klausimą, jis tai gali daryti tik klausdamas: kodėl „privalau" taip elgtis? O įprastoje vartosenoje: kodėl galiu arba kodėl turiu galią taip elgtis?

„Norma" yra akto, kuriuo tam tikras elgesys įsakomas, leidžiamas arba įgalinamas, prasmė. Normą kaip akto, nukreipto į kito elgesį, specifinę prasmę reikia griežtai skirti nuo valios akto, kurio prasmė toji norma yra: norma yra *privalomybė* (*an ought*), o valios aktas yra *esamybė* (*an is*). Todėl tokiu aktu sukuriama situacija apibūdintina teiginiu: „Vienas individas pareiškia valią, kad kitas individas privalo elgtis tam tikru būdu". Pirmojoje šio teiginio dalyje kalbama apie *esamybę*, apie faktinį pirmojo individo valios aktą; antrojoje dalyje kalbama apie *privalomybę*, apie normą kaip to akto prasmę. Todėl neteisinga tvirtinti (nors taip dažnai tvirtinama), kad teiginys „individas privalo" reiškia tik tai, jog kitas individas dėl kažko pareiškia valią, t. y. kad *privalomybę* galima redukuoti į *esamybę*.

Paprasčiau paaiškinti *esamybės* ir *privalomybės* skirtumo neįmanoma. Šį skirtumą suvokiame tiesiogiai. Niekas negali neigti, kad teiginys „kažkas yra", t. y. teiginys, apibūdinantis esamybės faktą, iš esmės skiriasi nuo teiginio „kažkas privalo būti", t. y. nuo teiginio, apibūdinančio normą. Niekas negali tvirtinti, jog iš teiginio, kad kažkas yra, išplaukia teiginys, kad kažkas privalo būti, ir atvirkščiai.

Tačiau šis esamybės ir privalomybės dualizmas nereiškia, kad jų nesieja joks ryšys. Sakoma: esamybė atitinka privalomybę, – vadinasi, kažkas yra taip, kaip privalo būti; taip pat sakoma: privalomybė yra „nukreipta" į esamybę, kitaip tariant: kažkas privalo būti. Pasakymas „esamybė atitinka privalomybę" nėra visiškai tikslus, nes privalomybę atitinka ne esamybė, bet „kažkas", kas vienu atveju yra esamybė, o kitu – privalomybė, ir šį „kažką" galima perkeltine prasme apibūdinti kaip esamybės arba privalomybės turinį.

Šią mintį performuluojant galima sakyti ir taip: kažkas (konkrečiai – tam tikras elgesys) gali būti arba esamybė, arba privalomybė. Imkime, pavyzdžiui, du teiginius: „durys yra uždarytos" ir „durys privalo būti uždarytos"; durų uždarymas pirmajame teiginyje teigiamas kaip tai, kas yra, o antrajame – kaip tai, kas privalo įvykti. Esamas elgesys ir privalomas elgesys nėra tapatūs dalykai, tačiau jie skiriasi tik tuo, kad vienas vyksta, o kitas privalo vykti. „Yra" ir „privalo būti" – tai du skirtingi modusai. Vieną ir tą patį elgesį galima vaizduoti pagal vieną arba kitą iš šių dviejų modusų. Tad būtina skirti elgesį, kurį norma nusako kaip privalomą, nuo faktinio elgesio, kuris ją atitinka. Elgesį, kurį nusako norma (normos turinys), galime lyginti su faktiniu elgesiu, ir todėl galime spręsti, ar faktinis elgesys atitinka normą, t. y. normos turinį.

Realus elgesys gali prilygti arba neprilygti privalomam elgesiui. Tačiau prilygimas nėra tapatumas. Elgesys, kuris sudaro normos turinį (t. y. privalomas elgesys), ir realus elgesys nėra tapatūs, nors jie gali *prilygti* vienas kitam. Todėl įprastas normą atitinkančio realaus elgesio apibūdinimas, kad „realus elgesys ir yra tas elgesys, kuris privalo būti pagal normą", nėra teisingas. Esamas elgesys negali būti privalomas elgesys. Jie skiriasi savo modusu, kuris vienu atveju yra esamybė, o kitu – privalomybė.

Aktus, kurių prasmę sudaro norma, galima atlikti įvairiais būdais, pavyzdžiui, gestais: kelių policininkas rankų mostais įsako pėsčiajam sustoti arba eiti; simboliais: raudona šviesa vairuotojui reiškia įsakymą sustoti, žalia – judėti; pasakytais arba parašytais žodžiais, formuluojamais arba liepiamąja nuosaka: „Netriukšmauk!", arba tiesiogine nuosaka: „Įsakau tau tylėti". Šiais būdais galima formuluoti ir leidimus arba įgalinimus. Tai yra teiginiai apie aktą, kurio prasmė yra įsakymas, leidimas, įgalinimas. Tačiau jų prasmė yra ne tai, kad kažkas yra, o tai, kad kažkas privalo būti. Jie nėra (nors kalbos požiūriu ir atrodo esą) teiginiai apie faktus, veikiau jie yra normos, t. y. įsakymas, leidimas, įgalinimas. Baudžiamajame kodekse gali būti toks teiginys: „Už vagystę baudžiama įkalinimu." Tačiau, nepaisant formuluotės, šio teiginio prasmė nėra realus įvykis; jo prasmė yra norma – įsakymas arba įgalinimas bausti už vagystę įkalinimu. Įstatymų leidybos procesas yra aktų, kurių visuma turi normos prasmę, seka. Sakyti, kad tam tikri aktai, ypač įstatymų leidybos aktai, „sukuria" arba „nustato" normą, reiškia metaforiškai sakyti, kad įstatymų leidybos procesą sudarančio akto arba aktų sekos prasmė, arba reikšmė, yra norma. Bet būtina skirti subjektyviąją ir objektyviąją akto prasmę. „Privalomybė" yra kiekvieno valios akto, nukreipto į kito elgseną, subjektyvioji prasmė. Tačiau ne kiekvienas toks aktas turi šią prasmę objektyviai; tik tada, kai valios aktas turi ir objektyviąją „privalomybės" prasmę, ši „privalomybė" vadinama „norma". Jeigu aktas turi ir šią objektyviąją „privalomybės" prasmę, tai elgesį, į kurį yra nukreiptas šis aktas, *privalomu* laiko ne tik pats valios akto subjektas, bet ir individas, į kurio elgseną jis yra nukreiptas, taip pat dar kitas, su jais nesusijęs individas. Objektyviąją veiksmo „privalomybės" prasmę išreiškia faktas, kad ji laikoma esama (kad „privalomybė" galioja) net tada, kai valios, kurios subjektyviąja prasme ji buvo, nebelieka, – kai tariame, jog individas privalo elgtis tam tikru būdu net tuo atveju, kai jis nežino apie aktą, kurio prasmė yra tai, kad jis privalo elgtis šiuo būdu. Tokiu atveju „privalomybė", kaip objektyvi akto prasmė, yra galiojanti *norma* ir saisto adresatą, t. y. individą, kuriam ji skirta. Privalomybė, kaip subjektyvioji valios akto prasmė, yra ir objektyvioji jo prasmė, jeigu šiam aktui buvo suteikta tokia prasmė, jeigu jis buvo įgalintas kitos normos, o šioji savo ruožtu yra „aukštesnė" norma.

Plėšiko įsakymas atiduoti jam tam tikrą sumą pinigų turi tokią pat subjektyviąją prasmę, kaip ir mokesčių pareigūno įsakymas, būtent kad individas, kuriam tas įsakymas skiriamas, privalo tam tikrą sumą pinigų sumokėti. Tačiau tik pareigūno, o ne plėšiko įsakymas turi galiojančios normos, saistančios individą, kuriam ji adresuojama, prasmę. Tik pirmojo įsakymas yra normos nustatymo aktas, nes pareigūno aktą įgalina mokesčių teisė, o plėšiko aktas nėra grindžiamas tokia įgalinančia norma. Įstatymų leidybos aktas,

subjektyviai turintis „privalomybės“ prasmę, turi ir objektyviąją jos prasmę, t. y. galiojančios normos prasmę, nes šią prasmę įstatymų leidybos aktui suteikia konstitucija. Aktas, kuriam prasmę suteikia konstitucija, turi ne tik subjektyviąją, bet ir objektyviąją „privalomybės“ prasmę, kitaip tariant, turi saistančios normos pobūdį, jeigu (tarkime, kad turime reikalą su istoriškai pirmąja konstitucija) savo teisiniame mąstyme vadovaujamės prielaida, jog privalome elgtis taip, kaip reikalauja konstitucija.

Jeigu nelaimės ištiktas žmogus šaukiasi kito žmogaus pagalbos, tai *subjektyvioji* šio prašymo prasmė yra ta, kad tas kitas privalo jam padėti. Tačiau objektyviąja prasme tas žmogus privalo (kitaip tariant, yra moraliai įpareigotas) jam padėti tik tuo atveju, kai galioja bendroji norma, nustatyta, pavyzdžiui, religijos pradininko, kuri reikalauja „mylėti savo artimą“. O ši antroji norma objektyviai galioja tik tokiu atveju, kai daroma prielaida, kad privalu elgtis taip, kaip įsakė religijos pradininkas. Tokia prielaida, nustatanti objektyvų moralinės arba teisinės tvarkos galiojimą, čia bus vadinama pamatine norma (*Grundnorm*)[1]. Tad normos, suteikiančios valios aktui subjektyviąją prasmę, kad žmonės privalo elgtis tam tikru būdu, objektyvus galiojimas išplaukia ne iš akto kaip fakto, t. y. iš *esamybės,* bet taip pat iš normos, įgalinančios šį aktą, t. y. iš *privalomybės.*

Normas, pagal kurias žmonės turi elgtis tam tikru būdu, galima kurti ir papročiais. Jeigu tam tikroje bendruomenėje gyvenantys žmonės tam tikrą laiką ir tam tikromis sąlygomis elgiasi taip pat, klostosi žmonių polinkis (jis psichologiškai reiškiasi kaip valia) elgtis taip, kaip paprastai elgiasi visi tos grupės nariai. Iš pradžių subjektyvioji aktų, iš kurių susideda paprotys, prasmė nėra *privalomybė.* Tačiau ilgainiui, kai tokie aktai jau trunka tam tikrą laiką, atskiram grupės nariui kyla idėja, jog jis privalo elgtis taip, kaip paprastai elgiasi kiti grupės nariai, ir kartu atsiranda valia reikalauti, kad taip elgtųsi ir kiti grupės nariai. Jeigu kuris nors grupės narys nesielgia taip, kaip paprastai elgiasi kiti grupės nariai, šie jo elgesiui nepritaria kaip priešingam jų valiai. Taip paprotys tampa kolektyvinės valios, turinčios subjektyviąją privalomybės prasmę, išraiška. Tačiau subjektyviąją paprotį sudarančių aktų prasmę kaip objektyviai galiojančią normą galima interpretuoti tik tuo atveju, kai tą paprotį yra institucionalizavusi aukštesnė norma, kaip normas kuriąs faktas. Kadangi papročius sudaro žmogiškieji aktai, net tos normos, kurios atsiranda iš papročių, yra sukurtos žmonių elgesio aktų ir todėl laikytinos, kaip ir normos, suteikiančios subjektyviąją prasmę įstatymų leidybos aktams, „nustatytomis“ (*posited*), arba „pozityviosiomis“ (*positive*), normomis. Papročiai gali kurti moralės arba teisės normas. Teisės normos kuriamos papročiais, jeigu tos socialinės grupės konstitucija paprotį – specialiai apibrėžtą paprotį – institucionalizuoja kaip normų kūrimo aktą.

Galiausiai reikia pažymėti, jog nebūtinai norma turi išreikšti tik realaus valios akto prasmę; ji gali išreikšti ir mąstymo akto turinį. Taip esti tais atvejais, kai norma yra vien preziumuojama mūsų mąstyme. Panašiai, kaip galime įsivaizduoti nesamus dalykus, kurie „egzistuoja“ tik mūsų sąmonėje, bet ne iš tikrųjų, galime įsivaizduoti normą, kuri nė-

[1] Plg. § 34a.

ra realaus valios akto prasmė ir kuri egzistuoja tik mūsų sąmonėje. Tokiu atveju ji nėra pozityvioji norma. Tačiau kadangi esama sąsajos tarp normos privalomybės ir valios, kurios prasmė ji yra, mūsų mąstyme turi rasti sau vietos ir įsivaizduojama valia, kuriai prasmės suteikia vien mūsų mąstyme preziumuojama norma – kaip pamatinė pozityviosios teisinės tvarkos norma[2].

c) Normos galiojimas ir galiojimo sritis

Žodis „galiojimas“ (*validity*) nusako specifinį normos egzistavimo būdą. Apibūdindami normos kūrimo akto prasmę arba reikšmę sakome: šiuo aktu liepiamas, įsakomas, nurodomas, draudžiamas tam tikras žmonių elgesys arba jis leidžiamas, nekliudomas, įgalinamas. Jeigu, kaip siūloma, žodžiu „privaloma“ aprėpiamos visos šios prasmės, tai normos galiojimą galime apibūdinti taip: privalu kai ką daryti arba kai ko nedaryti. Specifinį normos egzistavimo būdą apibūdindami kaip „galiojimą“ siekiame nusakyti normos, priešinamos gamtos faktui, egzistavimo specifiką. Pozityviosios normos „egzistavimas“, arba „galiojimas“, nėra vien valios akto, kurio objektyvioji prasmė yra toji norma, buvimas. Norma gali išlikti galiojanti net tuo atveju, kai valios akto, kurio prasmę sudaro norma, nebėra. Iš tikrųjų norma neįsigalioja, kol valios aktas, kurio prasmę sudaro norma, neįvyko, taigi – kol nepasibaigė. Kad norma galiotų, individas, į kitų žmonių elgesį nukreiptu aktu sukūręs teisės normą, nebūtinai turi išlaikyti savo valią šiam elgesiui. Žmonės, veikiantys kaip įstatymų leidėjai, išleidę tam tikrus dalykus reguliuojantį įstatymą ir suteikę šiam įstatymui „galią“ (t. y. galiojimą), paskui imasi savo sprendimais reguliuoti kitus dalykus; tuo tarpu įstatymai, kuriems jie suteikė galiojimą, gali galioti ir ilgą laiką po to, kai jie visi jau bus mirę, tad nepajėgūs pareikšti jokios valios. Todėl neteisinga normas apskritai ir konkrečiai teisės normas apibūdinti kaip įstatymų leidėjo arba valstybės „valią“ arba „įsakymus“, jeigu kalbant apie „valią“ arba „įsakymą“ galvoje turimas psichologinis valios aktas. Norma yra valios akto *prasmė,* o ne valios aktas.

Kadangi normos galiojimas yra *privalomybė,* o ne *esamybė,* normos galiojimą būtina skirti nuo jos efektyvumo (*effectiveness*). Efektyvumas yra „esamybės faktas“ – faktas, kad norma yra realiai taikoma ir jai paklūstama, kad žmonės faktiškai elgiasi pagal normą. Tačiau sakydami, kad norma „galioja“, turime galvoje kažką daugiau, ne vien tai, kad faktiškai ji taikoma ir jai paklūstama; turime galvoje, kad *privalu* ją taikyti ir jai paklusti, net jeigu yra tiesa tai, kad galiojimą ir efektyvumą galima susieti tam tikru ryšiu. Bendroji teisės norma laikoma galiojančia tik tuo atveju, kai žmonių elgesys, kurį ji reguliuoja, faktiškai ją bent kiek atitinka. Norma, kurios niekas nepaiso, kitaip tariant, norma, kuri nėra bent kiek efektyvi, nėra laikoma galiojančia teisės norma. Efektyvumo minimumas yra galiojimo sąlyga. Tačiau teisės normos „galiojimas“ suponuoja tai, kad yra galimas jai priešingas elgesys: norma, nurodanti, jog privalu daryti tai, kas, kaip vi-

[2] Plg. p. 57–58.

siems iš anksto žinoma, visada ir visur neišvengiamai turi įvykti pagal gamtos dėsnius, būtų tokia pat beprasmė, kaip ir norma, nurodanti, jog reikia daryti tai, kas, kaip visiems iš anksto žinoma, pagal gamtos dėsnius yra neįmanoma.

Galiojimas ir efektyvumas nesutampa ir laike. Teisės norma įsigalioja prieš tapdama efektyvi, t. y. iki tol, kol ji pradedama taikyti ir jai imama paklusti; teismas, kuris įstatymą taiko iškart po to, kai jis promulguojamas, t. y. dar prieš jam gaunant galimybę tapti „efektyviu", taiko galiojančią teisės normą. Tačiau teisės norma nebelaikoma galiojančia, jeigu ji nuolat esti neefektyvi. Efektyvumas yra galiojimo sąlyga tuo atžvilgiu, kad jis turi paremti teisės normos nustatymą, idant ši neprarastų savo galiojimo.

Teisės normos, kuri numato sankcijas už tam tikrą elgesį ir sankcijas užtraukiantį elgesį kvalifikuoja kaip neteisėtą, t. y. kaip „deliktą", efektyvumą gali nusakyti dvi aplinkybės: 1) kad šią normą *taiko* teisiniai organai (pirmiausia teismai), vadinasi, konkrečiose bylose sankcijos yra skiriamos ir pritaikomos, ir 2) kad šiai normai *paklūsta* individai, kurie yra šios teisinės tvarkos subjektai, vadinasi, jie elgiasi taip, kad išvengtų sankcijų. Jeigu sankcijų nustatymo tikslas – užkirsti kelią deliktams, tai idealusis teisės normos galiojimo atvejis bus tada, kai ši norma niekada nėra taikoma, nes teisinės tvarkos subjektų suvokimas, jog padarius deliktą bus pritaikyta sankcija, tampa motyvu susilaikyti nuo delikto padarymo. Šiuo atveju teisės normos efektyvumas reiškia vien paklusimą jai. Tačiau paklusimas teisės normai gali remtis ir kitais motyvais. Jeigu, pavyzdžiui, teisinis deliktas kartu yra ir religinis deliktas, tai paklusimą teisei galima grįsti ne noru išvengti teisinės sankcijos, bet noru išvengti religinės sankcijos. Šiuo atveju teisė yra efektyvi, t. y. jai faktiškai paklūstama, nes efektyvi yra religija. Galiojimo ir efektyvumo santykį aptarsime vėliau[3].

Imkime teiginį: „Norma nurodo tam tikrą žmonių elgesį." Jeigu čia turimas galvoje normos turinį sudarantis elgesys, tai norma gali nurodyti ir kitus, ne vien žmonių elgesio, faktus, tačiau tik tiek, kiek šie faktai yra žmonių elgesio *sąlygos* arba (jeigu tokių iš tikrųjų esama) *padariniai*. Pavyzdžiui, teisės norma gali nustatyti, kad ištikus gamtinei katastrofai tie, kurių ji tiesiogiai nepalietė, visomis išgalėmis privalo padėti nukentėjusiesiems. Jeigu teisės norma numato mirties bausmę už nužudymą, tai deliktą bei sankciją sudaro ne tik tam tikras žmonių elgesys, susijęs su žmogaus mirtimi, bet ir specifinis tokio elgesio padarinys, būtent – žmogaus mirtis, o ši yra ne žmogaus elgesys, bet fiziologinis įvykis. Kadangi žmonių elgesys (su jo sąlygomis ir padariniais) vyksta erdvėje ir laike, teisės normoje turi būti nurodomi erdvė ir laikas. Žmonių elgesį reguliuojančių normų apskritai ir konkrečiai teisės normų galiojimą reikią apibrėžti erdvės ir laiko terminais, nes šių normų turinyje nurodomi erdvėje ir laike vykstantys įvykiai. Normos „galiojimas" visada reiškia galiojimą tam tikru laiku ir tam tikroje erdvėje; kitaip tariant, jis siejamas su elgesiu, kuris gali vykti tik kažkur ir kažkada (nors galbūt gali faktiškai ir neįvykti).

[3] Plg. § 34g. Iš tos aplinkybės, kad norma galioja tik tada, kai ji yra bent kiek efektyvi, daryti išvadą, jog galiojimas ir efektyvumas yra tapatūs dalykai, būtų tokia pat klaida, kaip ir iš prielaidos, kad „malonumas" ir tik „malonumas" yra „gėris", daryti išvadą, jog „gėris" ir „malonumas" yra tapatūs dalykai.

Normos santykis su erdve ir laiku apibrėžia jos *galiojimo* erdvinę ir temporalinę *sritį*. Ši galiojimo sritis gali būti ribota arba neribota. Norma gali galioti apibrėžtoje erdvėje ir laike (tai apibrėžia arba pati ši norma, arba aukštesnė norma), tuomet ji reguliuoja tik tuos įvykius, kurie vyksta tam tikroje erdvėje tam tikru laiku; arba ji galioja visur ir visada, t. y. nurodo įvykius nepriklausomai nuo to, kur ir kada jie vyksta. Ši alternatyva – tai normos, kurioje nėra erdvės arba laiko apribojimų, prasmė. Tokios normos galiojimas neperžengia erdvės ir laiko ribų; šiuo atveju jos galiojimo sritis nestokoja erdvės ir laiko dimensijų – ji tik nėra apribota tam tikra erdve arba tam tikru laiku, t. y. jos galiojimo erdvinė ir temporalinė sritys nėra apribotos. Normos galiojimo sritis yra jos turinio elementas, o šį turinį, kaip matysime, tam tikru mastu gali apibrėžti kita, aukštesnė norma[4].

Kalbant apie pozityviosios normos galiojimo temporalinę sritį būtina skirti laiką iki normos išleidimo ir laiką po jos išleidimo. Paprastai normos nurodo tik būsimąjį elgesį, tačiau kartais jose daromos nuorodos ir į praeitį. Pavyzdžiui, teisės norma, kuri tam tikrą elgesį susieja su sankcija, gali nustatyti, kad individą privalu bausti net už tą elgesį, kuris buvo anksčiau, prieš išleidžiant teisės normą, taigi toks elgesys yra kvalifikuojamas kaip deliktas[5]. Tokiu atveju sakome, kad norma yra retroaktyvi. Tačiau teisės norma gali daryti nuorodą į praeitį ne tik delikto, bet ir sankcijos atžvilgiu. Teisės norma gali nustatyti ne tik tai, kad esant tam tikroms, dar prieš ją išleidžiant buvusioms, sąlygoms, ateityje kaip sankcija būtų vykdomas prievartos aktas, bet ir tai, kad esant šioms sąlygoms praeityje privalėjo būti įvykdytas prievartos aktas, kurio tuo metu galiojusi norma nenumatė, bet kuris faktiškai buvo įvykdytas; tad šiam prievartos aktui sankcijos pobūdis suteikiamas retroaktyviai. Pavyzdžiui, nacionalsocialistinėje Vokietijoje tam tikri prievartos aktai, jų įvykdymo metu teisiškai traktuoti kaip nužudymai, vėliau buvo retroaktyviai įteisinti kaip „sankcijos“, o aukų elgesys, suteikęs dingstį tiems veiksmams, buvo perkvalifikuotas į „deliktą“.

Teisės norma gali ankstesnės normos galiojimą retroaktyviai panaikinti taip, kad prievartos aktai, vykdyti kaip ankstesnės normos sankcijos, netenka savo, kaip bausmės arba civilinio išieškojimo, pobūdžio, o žmonių elgesys, buvęs šių sankcijų sąlyga, praranda buvusį „delikto“ pobūdį. Pavyzdžiui, po revoliucijos į valdžią atėjusi vyriausybė savo retroaktyviu įstatymu gali panaikinti nuverstosios vyriausybės įstatymą, pagal kurį už tam tikras revoliucinės partijos narių veikas buvo baudžiama kaip už politinius nusikaltimus. Be abejo, to, kas padaryta, atitaisyti neįmanoma, tačiau veikų normatyvinį interpretavimą apskritai ir konkrečiai jų teisinį kvalifikavimą vėliau galima keisti remiantis normomis, išleistomis po to, kai tos veikos jau buvo padarytos.

Reikia skirti ne tik normos galiojimo erdvinę ir temporalinę sritis, bet ir jos galiojimo personalinę bei materialiąją sritis. Juk elgesys, kurį reguliuoja normos, – tai žmonių elgesys, o bet koks normos reguliuojamas elgesys visada turi personalinių bei materialiųjų elementų: *individą*, privalantį elgtis tam tikru būdu, ir tai, kokiu *būdu* jis privalo elgtis. Abu

[4] Plg. § 35.
[5] Plg. § 27b.

šie elementai yra neatskiriamai susiję. Šiuo požiūriu labai svarbu pažymėti, kad norma nurodo ne patį individą, o tik tam tikrą individo elgesį. Normos galiojimo personalinė sritis nusako ja apibrėžiamo elgesio personalinį elementą. Ši galiojimo sritis taip pat gali būti ribota arba neribota: moralinė tvarka gali reikšti savo galiojimo pretenziją visiems individams, t. y. šios tvarkos norma reguliuoja visų individų elgesį, o ne vien tų, kuriuos ši tvarka specialiai išskiria; tokiu atveju paprastai sakoma, kad ši tvarka adresuojama visiems individams. Kita vertus, nacionalinės teisinės tvarkos normomis apibrėžtas elgesys – tai tik individų, gyvenančių tam tikros valstybės teritorijoje, bei užsienyje esančių šios valstybės piliečių elgesys. Tokiu atveju sakoma, kad nacionalinė teisinė tvarka reguliuoja tik šitaip apibrėžiamų žmonių elgesį, tik šie žmonės yra pavaldūs nacionalinei teisinei tvarkai; kitaip tariant, galiojimo personalinė sritis apsiriboja tik šiais individais.

Kalbėdami apie galiojimo materialiąją sritį turime galvoje skirtingas reguliavimui paklūstančio žmonių elgesio sritis, pavyzdžiui, ekonominį, religinį arba politinį elgesį. Sakoma, jog norma, reguliuojanti žmonių ekonominį elgesį, reguliuoja ekonomiką, norma, reguliuojanti žmonių religinį elgesį, reguliuoja religiją, ir t. t. Kalbant apie skirtingus reguliavimo dalykus turimos galvoje skirtingos elgesio reguliavimo kryptys. Tai, ką reguliuoja tam tikros tvarkos normos, visada yra tik žmonių elgesys – tik *jį* gali reguliuoti normos. Visus kitus faktus, esančius šalia žmonių elgesio, normų turinys gali aprėpti tik tuo atveju, kai jie yra susiję su žmonių elgesiu, – tik kaip šio elgesio sąlygas arba jo padarinius. Galiojimo materialiosios srities sąvoka vartojama tada, kai tam tikroje visuminėje, pavyzdžiui, iš kelių valstijų susidedančią federacinę valstybę apimančioje, teisinėje tvarkoje sujungiamos kelios dalinės teisinės tvarkos, kurių galiojimo sritys yra atribotos pagal šių dalinių tvarkų reguliuojamus dalykus, pavyzdžiui, jeigu valstijų narių teisinė tvarka turi kompetenciją reguliuoti tik tuos dalykus, kurie konkrečiai išvardyti konstitucijoje, kitaip tariant, kai šių dalykų reguliavimo kompetencija priklauso valstijoms narėms, tuo tarpu kitų dalykų reguliavimas paliekamas federacijos teisinės tvarkos kompetencijai; ji pati taip pat tėra dalinė teisinė tvarka. Visuminės teisinės tvarkos galiojimo materialioji sritis visada yra neribota tuo atžvilgiu, kad iš esmės tokia tvarka jai pavaldžių individų elgesį gali reguliuoti visomis kryptimis.

d) Pozityvus ir negatyvus reguliavimas: įsakymas, įgalinimas, leidimas

Normatyvinės tvarkos reguliuojamas elgesys yra arba apibrėžtas veiksmas, arba neveikimas (susilaikymas nuo tokio veiksmo). Tad normatyvinė tvarka žmonių elgesį reguliuoja arba pozityviai, arba negatyviai. Elgesys reguliuojamas pozityviai, jeigu tam tikram individui įsakoma atlikti tam tikrą veiksmą arba susilaikyti nuo tokio veiksmo. (Kai įsakoma susilaikyti nuo tam tikro veiksmo, veiksmas yra draudžiamas.) Sakyti, kad objektyviai galiojanti norma įsako individui elgtis tam tikru būdu, vadinasi, sakyti, kad taip elgtis individas privalo. Jeigu individas elgiasi taip, kaip įsako norma, jis atlieka savo pareigą – paklūsta normai; elgdamasis priešingai jis „pažeidžia“ normą – pažeidžia savo pareigą. Žmo-

nių elgesys yra pozityviai reguliuojamas ir tada, kai teisinė tvarka individą įgalina tam tikru aktu sukelti tam tikrus tos tvarkos apibrėžiamus padarinius. Konkrečiai individas gali būti įgalinamas (jeigu teisinė tvarka reguliuoja savo pačios kūrimą) kurti normas arba dalyvauti jas kuriant; arba, jeigu teisinė tvarka numato prievartos aktus kaip sankcijas, individas gali būti įgalinamas, esant šios tvarkos nustatytoms sąlygoms, tokius aktus atlikti; arba norma gali leisti individui atlikti aktą, kuris šiaip jau yra draudžiamas, – tai norma, apribojanti bendrosios normos, draudžiančios tą aktą, galiojimo sritį. Pastarosios alternatyvos pavyzdys yra būtinoji gintis: nors bendroji norma draudžia vienam individui vartoti jėgą prieš kitą, specialioji norma leidžia tokį jėgos vartojimą kaip būtinąją gintį. Kai individas veikia taip, kaip jį įgalina norma, arba taip, kaip norma jam leidžia, jis „taiko" normą. Teisėjas, įstatymo (t. y. bendrosios normos) įgalintas spręsti konkrečias bylas, įstatymą taiko konkrečioje byloje priimdamas sprendimą, kuris yra *individualioji* norma. Ir pareigūnas, teismo sprendimu įgalintas įvykdyti tam tikrą bausmę, „taiko" individualiąją teismo sprendimo normą. Imdamasis būtinosios ginties veiksmų asmuo taiko normą, kuri leidžia vartoti jėgą. Be to, norma „taikoma" ir tada, kai sprendžiama, ar individas elgiasi (ar nesielgia) taip, kaip jam įsako, leidžia arba jį įgalina norma.

Plačiausia prasme bet kokį žmonių elgesį, kurį normatyvinė tvarka apibrėžia kaip sąlygą arba padarinį, galima traktuoti kaip šios tvarkos įgalintą ir šiuo atžvilgiu pozityviai reguliuojamą elgesį. Žmonių elgesys normatyvinės tvarkos yra reguliuojamas negatyviai, jeigu elgesys nėra šios tvarkos draudžiamas ir jeigu jis nėra pozityviai leidžiamas normos, ribojančios draudžiančios normos galiojimo sritį, tad jis yra leidžiamas tik negatyviąja prasme. Šią vien negatyvią leidimo funkciją reikia skirti nuo pozityvios leidimo funkcijos, – „pozityvios", nes ji yra pozityviosios normos, išreiškiančios valios aktą, funkcija. Pozityvus leidimo pobūdis tampa ypač akivaizdus, kai normos, draudžiančios tam tikrą elgesį, galiojimo sritį apriboja norma, leidžianti šiaip jau draudžiamą elgesį, su sąlyga, kad tokį leidimą duoda bendruomenės tai daryti įgalintas organas. Tad negatyvioji funkcija, kaip ir pozityvioji leidimo funkcija, yra iš esmės susijusi su įsakymo funkcija. Tam tikras žmonių elgesys gali būti *leidžiamas* tik normatyvinės tvarkos, *įsakančios* įvairaus pobūdžio elgesį, kontekste.

Žodis „leisti" vartojamas ir „suteikti teisę" (*berechtigen*) prasme. Jeigu *A* įsakoma nekliudyti individui *B* elgtis tam tikru būdu, tai sakoma, kad *B* turi leidimą (t. y. turi teisę) elgtis tokiu būdu. O jeigu *A* įsakoma suteikti tam tikrą paslaugą *B*, tai sakoma, kad *B* turi leidimą (t. y. teisę) iš *A* tą paslaugą gauti. Tad pirmuoju atveju teiginys „*B* leidžiama elgtis tam tikru būdu" reiškia tą patį, kaip ir teiginys „*A* įsakyta nekliudyti *B* elgtis tam tikru būdu". O antruoju atveju teiginys „*B* turi teisę į tam tikrą *A* paslaugą" reiškia tą patį, kaip ir teiginys „*A* įsakoma suteikti tam tikrą paslaugą *B*". Ta *B* elgesio savybė, kad jis „yra leistas", yra ne kas kita, kaip *A* elgesio savybės, kad jis „yra įsakytas", atspindys. Šio pobūdžio „leidimas" savo funkcija normatyvinėje tvarkoje nesiskiria nuo „įsakymo" funkcijos[6].

[6] Kalbėdamas apie šio pobūdžio „leidimą" („teisės suteikimo" prasme), aš esu atmetęs skirtumą tarp „liepiančios" ir „leidžiančios" teisės. Tačiau šį skirtumą reikia įžvelgti kitose „leidimo" prasmėse, ypač tada, kai „leidimas" reiškia „įgalinimą". Žr. § 6a.

e) Norma ir vertybė

Jeigu norma „įsako" tam tikrą elgesį ir šiuo atžvilgiu nustato, kad šis elgesys yra „privalomas", tai faktinis elgesys gali tokią normą atitikti arba jos neatitikti. Elgesys atitinka normą, jeigu jis yra toks, koks privalo būti pagal objektyviai galiojančią normą; ir jis neatitinka normos, jeigu nėra toks, koks privalo būti pagal objektyviai galiojančią normą, nes šią normą atitinka jam priešingas elgesys. Sprendimas, kad faktinis elgesys yra toks, koks privalo būti pagal objektyviai galiojančią normą, yra vertybinis sprendimas – pozityvus vertybinis sprendimas. Jis reiškia, kad faktinis elgesys yra „geras". Sprendimas, kad faktinis elgesys yra priešingas normą atitinkančiam elgesiui, yra negatyvus vertybinis sprendimas. Jis reiškia, kad faktinis elgesys yra „blogas" arba „žalingas". Objektyviai galiojanti norma, apibrėžianti tam tikrą elgesį kaip „privalomą", apibrėžia pozityvią arba negatyvią vertę. Normą atitinkantis elgesys turi pozityvią vertę, o jos neatitinkantis elgesys – negatyvią vertę. Norma, kuri laikoma objektyviai galiojančia, funkcionuoja kaip vertės standartas, taikomas faktiniam elgesiui. *Vertybinius* sprendimus, teigiančius, kad faktinis elgesys atitinka objektyviai galiojančią normą ir šiuo atžvilgiu yra „geras" arba kad jis neatitinka normos ir šiuo atžvilgiu yra „blogas", reikia skirti nuo sprendimų apie tikrovę, teigiančių (be nuorodos į objektyviai galiojančią normą, o tai galiausiai reiškia: be nuorodos į preziumuojamą pamatinę normą), jog tam tikras dalykas yra ir koks jis yra.

Faktinis elgesys, apie kurį kalba vertybinis sprendimas (elgesys, kuris yra vertinimo dalykas ir turi pozityvią arba negatyvią vertę), – tai laike ir erdvėje egzistuojantis faktas, tikrovės dalis. Tik tokį faktą, palyginti su norma, galima vertinti kaip gerą arba blogą. Tik toks faktas gali turėti pozityvią arba negatyvią vertę. Vertinama būtent tikrovė. Kadangi normos, kuriomis grindžiami vertybiniai sprendimai, yra žmonių, o ne antžmogių valios kūriniai, jų įtvirtinamos vertybės yra diskrecinės. Kitokie žmonių valios aktai gali sukurti kitokias normas, priešingas ankstesnėms; vadinasi, šios kitos normos įtvirtins vertybes, priešingas toms, kurias įtvirtino ankstesnės. Kas „gera" pagal vieną normą, gali būti „bloga" pagal kitą. Tad būdamos žmonių, o ne dieviškojo autoriteto kūriniai, normos gali įtvirtinti tik santykines vertybes. O tai reiškia, kad normos, pagal kurią tam tikras elgesys yra privalomas, galiojimas bei šios normos įtvirtinama vertybė nepanaikina priešingą vertybę įtvirtinančios normos, pagal kurią privalomas yra priešingas elgesys, galiojimo galimybės. Pavyzdžiui, gali galioti ir norma, besąlygiškai draudžianti savižudybę arba melavimą, ir kita norma, tam tikromis aplinkybėmis leidžianti arba net įsakanti nusižudyti arba meluoti, ir vis dėlto būtų neįmanoma racionaliai įrodyti, kad iš šių dviejų normų iš tikrųjų galioja tik viena, bet ne kita.

Tačiau jeigu tariama, kad norma, reikalaujanti tam tikro elgesio, taigi ir apibrėžianti tam tikrą vertybę, kyla iš antžmogiškojo autoriteto (iš Dievo arba iš Dievo sukurtos gamtos), tai tokia norma pretenduoja atmesti priešingo elgesio reikalaujančios normos galimybę. Tokios normos įtvirtinama vertybė apibūdinama kaip „absoliuti", priešingai tai vertybei, kurią įtvirtina žmonių valios sukurta norma. Mokslinę vertybių teoriją gali dominti tik žmonių valios sukurtos normos bei šiose normose įtvirtintos vertybės.

Jeigu vertybę įtvirtina objektyviai galiojanti norma, tai sprendimas, jog tam tikras tikrovės dalykas, faktinis elgesys yra „geras“ arba „blogas“, išreiškia idėją, kad šis elgesys arba atitinka objektyviai galiojančią normą, pagal kurią jis privalo būti toks, koks yra, arba neatitinka objektyviai galiojančios normos, pagal kurią jis privalo nebūti toks, koks yra. Tokiu atveju vertybė kaip „privalomybė“ sugretinama su tikrove kaip „esamybe“, nes vertybė ir tikrovė, kaip ir „privalomybė“ ir „esamybė“, priklauso dviem skirtingoms sritims.

Jeigu sprendimą, kad elgesys atitinka objektyviai galiojančią normą arba jos neatitinka, vadiname „vertybiniu sprendimu“, tai šį vertybinį sprendimą turime skirti nuo normos, kuri įtvirtina vertybę. Vertybinis sprendimas gali būti teisingas arba neteisingas, nes jis nurodo galiojančios tvarkos normą. Antai sprendimas, kad krikščioniškosios moralės požiūriu „gera“ mylėti savo draugus ir nekęsti priešų, yra neteisingas, nes galiojančios krikščioniškosios moralės norma įsako mylėti ne tik savo draugus, bet ir priešus. Sprendimas, kad vagį galima teisėtai bausti mirties bausme, nėra teisingas, jeigu aptariamoji galiojanti norma reikalauja vagį bausti laisvės, o ne gyvybės atėmimu. Tačiau norma negali būti nei teisinga, nei neteisinga – ji tik gali būti galiojanti arba negaliojanti.

Vadinamasis „sprendimas“, kurį skelbia teisėjas, sprendiniu logine šio žodžio prasme laikytinas nė kiek ne labiau nei norma, kurią jis taiko. Bet tas „sprendimas“ yra norma – *individualioji* norma, kurios galiojimas, kitaip nei „įstatymu“ vadinamos bendrosios normos galiojimas, apsiriboja konkrečiu atveju.

Vertybę, kurią įtvirtina objektyviai galiojanti norma, būtina skirti nuo vertės, kurią apibrėžia (ne santykis su norma, bet) objekto santykis su individo noru arba valia, nukreipta į šį objektą. Jeigu objektas atitinka norą arba valią arba jų neatitinka, jis turi pozityvią arba negatyvią vertę: jis yra „geras“ arba „blogas“. Jeigu sprendimas, nusakantis objekto santykį su individo noru arba valia, vadinamas vertybiniu sprendimu ir jeigu objektas, atitinkantis tą norą arba valią, vadinamas „geru“, o jos netenkinantis – „blogu“, toks vertybinis sprendimas nesiskiria nuo sprendimo apie tikrovę, nes jis nusako tik santykį tarp dviejų faktų, o ne santykį tarp fakto ir objektyviai galiojančios normos. Tai tik specifinis sprendimas apie tikrovę.

Jeigu kas nors sako, kad tam tikras dalykas yra geras arba blogas, ir jeigu šis teiginys tėra jo emocinės nuostatos objekto atžvilgiu betarpiška išraiška, jeigu taip išreiškiama tai, kad jis nori to dalyko arba jo nenori, bet yra priešingai, toks teiginys nėra vertybinis „sprendimas“, nes jis yra ne pažinimo, bet emocinio sąmonės komponento funkcija; o jeigu ši emocinė reakcija yra nukreipta į kito individo elgesį, toks teiginys tėra emocinio pritarimo arba nepritarimo išraiška, panaši į šūksnius „bravo!“ arba „fui!“

Vertę, kurią apibrėžia objekto, ypač tam tikro elgesio, santykis su individo noru arba valia, galima apibūdinti kaip *subjektyviąją* vertę ir priešpriešinti tai vertei, kurią apibrėžia elgesio santykis su objektyviai galiojančia norma ir kurią galima apibūdinti kaip *objektyviąją* vertę. Jeigu sprendimas, kad tam tikras elgesys yra geras, reiškia tik tai, kad jo nori kitas individas, ir jeigu sprendimas, kad tam tikras elgesys yra blogas, reiškia tik tai, kad individas nori priešingo elgesio, tai „gėrio“ ir „blogio“ vertės egzistuoja tik in-

dividui, norinčiam to elgesio, bet ne individui, iš kurio to elgesio norima. Jeigu sprendimas, kad tam tikras elgesys yra „geras", reiškia, jog tas elgesys atitinka objektyviai galiojančią normą (o sprendimas, kad tam tikras elgesys yra „blogas", reiškia, jog jis neatitinka objektyviai galiojančios normos), tai „gėrio" ir „blogio" vertės egzistuoja tiems individams, apie kurių elgesį sprendžiama, t. y. visiems individams, kurių elgesį objektyviai galiojanti norma reguliuoja nepriklausomai nuo to, ar šie individai tokio elgesio nori, ar ne. Tad jų elgesys turi pozityvią arba negatyvią vertę ne todėl, kad jo norima arba nenorima, o todėl, kad jis atitinka normą arba jos neatitinka. Valios aktas, kurio objektyvioji prasmė yra toji norma, su šiuo vertybiniu sprendimu nesiejamas.

Vertė subjektyviąja prasme, t. y. vertė, kurią apibrėžia objekto santykis su individo noru arba valia, skiriasi nuo vertės objektyviąja prasme (t. y. nuo vertės, kurią apibrėžia elgesio santykis su objektyviai galiojančia norma) dar ir tuo, kad subjektyvioji vertė gali būti laipsnio dalykas. Juk individo noras arba valia gali būti įvairių intensyvumo laipsnių. Užtat objektyviosios vertės laipsniuoti neįmanoma, nes elgesys gali tik atitikti objektyviai galiojančią normą arba jos neatitikti, bet negali to daryti daugiau ar mažiau[7].

Vertybiniai sprendimai, konstatuojantys objektyviąją vertę, vadinami objektyviais vertybiniais sprendimais, o tie, kurie konstatuoja subjektyviąją vertę, – subjektyviais vertybiniais sprendimais. Taip apibrėžus, būdvardžiai „objektyvus" ir „subjektyvus" nurodo konstatuojamas vertes, o ne sprendimo funkciją kaip pažinimo funkciją. Kaip pažinimo funkcija, kiekvienas sprendimas turi būti objektyvus, t. y. jis turi būti priimamas neatsižvelgiant į sprendžiančiojo individo norus. Tai yra įmanoma. Įmanoma nustatyti žmogaus vienokio arba kitokio elgesio santykį su normatyvine tvarka, būtent tai, ar jis atitinka tą tvarką, ar jos neatitinka, be emocinės pritarimo ar nepritarimo šiai tvarkai nuostatos. Pasvarstykime, pavyzdžiui, klausimą, ar krikščioniškosios moralės požiūriu yra gera mylėti savo priešus. Atsakymas į šį klausimą, taigi ir jį lydintis vertybinis sprendimas, gali ir turi būti gautas nepriklausomai nuo to, ar turintysis duoti šį atsakymą pritaria, ar nepritaria priešo meilei. Arba imkime kitą pavyzdį. Atsakymas į klausimą, ar pagal galiojantį įstatymą žudikui privalu skirti mirties bausmę, taigi ir ar tokia mirties bausmė teisine prasme turi vertę, gali ir turi būti gautas nepriklausomai nuo to, ar turintysis duoti šį atsakymą pritaria, ar nepritaria mirties bausmei. Tik tada vertybinis sprendimas yra objektyvus.

Apibendrinkime: jeigu sprendimas atskleidžia objekto (ypač žmonių elgesio) santykį su individo noru arba valia (t. y. su subjektyviąja verte), šis vertybinis sprendimas yra „objektyvus", kai sprendžiantysis individas sprendimą priima neatsižvelgdamas į tai, ar

[7] Jeigu norma reikalauja elgesio, kuris gali būti laipsniuojamas, tai gali atrodyti, tarsi normai galima paklusti skirtingais laipsniais, t. y. daugiau ar mažiau. Tačiau tai klaida. Pavyzdžiui, jeigu norma nustato, kad už nužudymą turi būti baudžiama dvidešimčia metų kalėjimo, ir jeigu vienas teismas už nužudymą baudžia įkalinimu iki gyvos galvos, o kitas už nužudymą baudžia dešimčia metų įkalinimo, tai netiesa, kad vienas nuosprendis taikytiną normą atitinka „daugiau", o kitas – „mažiau", nes jos neatitinka nė vienas. O jeigu norma nustato tik tai, kad už nužudymą privalo būti baudžiama kalėjimu, ir neapibrėžia įkalinimo trukmės, tai nuosprendis, pagal kurį skiriamas įkalinimas iki gyvos galvos, nėra „daugiau", o nuosprendis, pagal kurį skiriama dvidešimt arba dešimt metų, nėra „mažiau" atitinkantis taikytiną normą, bet visi trys nuosprendžiai vienodai atitinka normą. „Daugiau" ir „mažiau" čia nurodo ne atitiktį, o bausmės dydį.

jis pats pritaria, ar nepritaria tam elgesiui, o tik nustato faktą, ar tam tikras individas arba daug individų nori tam tikro objekto (arba jo priešybės), o konkrečiai – ar jie pritaria, ar nepritaria vienokiam arba kitokiam elgesiui.

Taigi tuos vertybinius sprendimus, kurie konstatuoja *objektyviąją* vertę, nusakydami elgesio santykį su norma, laikoma objektyviai galiojančia, ir todėl iš esmės besiskiriančia nuo sprendinių apie tikrovę, skiriame nuo tų vertybinių sprendimų, kurie konstatuoja *subjektyviąją* vertę, nusakydami santykį tarp objekto (konkrečiai – tam tikro elgesio) ir fakto, kad individas arba daug individų nori šio objekto arba jo priešybės (konkrečiai – pritaria arba nepritaria tam tikram elgesiui), ir kurie dėl to yra tik specifiniai sprendimai apie tikrovę. Šiam skyrimui prieštaraujama, esą pirmojo tipo vertybiniai sprendimai taip pat yra sprendimai apie tikrovę, nes (taip sakoma) norma, kuria grindžiamas toks vertybinis sprendimas, yra sukurta žmogaus įsakymu arba papročiu, taigi empirinės tikrovės faktais. Todėl (teigiama toliau) fakto (konkrečiai – tam tikro elgesio) santykis su norma esąs tik empirinės tikrovės faktų santykis. Tačiau šiame prieštaravime neįžvelgiama skirtumo tarp įsakymo akto arba papročius sukuriančių aktų ir šiais aktais sukuriamos normos: pirmieji – tai faktai, o pastaroji – tai prasmė. Todėl faktinio elgesio santykis su norma ir šio elgesio santykis su faktu, kurio prasmė yra norma, yra du skirtingi santykiai. Dėl to visiškai įmanoma nusakyti elgesio santykį su norma, nustatančia, kad šis elgesys yra privalomas, neatsižvelgiant į šią normą sukūrusį aktą – įsakymą arba paprotį. Tai yra akivaizdu, pavyzdžiui, mąstant apie normas, kurios buvo sukurtos seniai praeityje, normas, sukurtas seniai mirusių arba užmirštų žmonių, o ypač normas, kurios susikūrė ankstesnių kartų papročiais, tad žmonės, kurių elgesį šios normos reguliuoja, jas dabar suvokia vien kaip prasmes. Kai tam tikras elgesys vertinamas kaip geras arba blogas (nes jis atitinka galiojančią moralės normą arba jos neatitinka), paprastai nėra žinoma, koks paprotys sukūrė moralės normą, kuria toks vertinimas grindžiamas. Tačiau svarbiausia yra tai, kad teisės normų kūrimo aktai teisinio pažinimo objektais tampa tik tiek, kiek juos apibrėžia teisės normos; o pamatinė norma, visų šių normų galiojimo galutinis pagrindas, apskritai nėra sukurta realiu valios aktu, bet yra teisinio mąstymo preziumuojama[8].

Kalbėdami apie „vertę“ turime galvoje ir tam tikro dalyko, konkrečiai – žmonių elgesio, kaip priemonės, santykį su tam tikru siekiu arba tikslu. Tinkamumas, t. y. atitiktis tam tikram tikslui, yra pozityvi vertė; netinkamumas – negatyvi vertė. Tikslas gali būti objektyvus arba subjektyvus. Objektyvus yra toks tikslas, kuris *privalo* būti realizuotas, t. y. tas, kurį nustato objektyviai galiojančia laikoma norma, kitaip tariant, tas tikslas, kurį gamtai apskritai arba žmogui konkrečiai nustato antgamtinis arba antžmogiškasis autoritetas. *Subjektyvus* yra toks tikslas, kurį nustato pats žmogus, tikslas, kurį jis nori pasiekti. Tad vertė, kurią apibrėžia atitiktis tikslui, yra tapati arba tai vertei, kurią apibrėžia atitiktis normai, arba tai vertei, kurią apibrėžia atitiktis norui.

Jeigu nekreipiame dėmesio į tai, kad realizuotas tikslas yra tai, kas atitinka normą arba norą, tada santykis tarp priemonių ir tikslo pasireiškia kaip priežasties ir padari-

[8] Plg. § 6c ir § 34.

nio santykis. Koks nors dalykas tinka tikslui, jeigu padeda jį įgyvendinti, t. y., veikdamas kaip priežastis, sukelia padarinį, kurį nusako tikslas. Sprendimas, kad koks nors dalykas yra tikslingas, gali būti subjektyvus arba objektyvus vertybinis sprendimas, priklausantis nuo tikslo subjektyvumo arba objektyvumo. Tačiau toks vertybinis sprendimas galimas tik priežastinio santykio, santykio tarp faktų, kurie laikomi priemonėmis, ir faktų, kurie laikomi tikslu, įžvalgos pagrindu. Tada, ir tik tada, kai pamatome, jog *a* ir *b* sieja priežastinis ryšys (t. y. *a* yra priežastis, o *b* – padarinys), galime priimti (subjektyvų arba objektyvų) vertybinį sprendimą: jeigu norima *b* ir to siekiama kaip tikslo arba (pagal tam tikrą normą) „privalomybės“, tai *a* yra tikslingas, t. y. tinkamas tikslui pasiekti. Sprendimas, liečiantis *a* ir *b* santykį, yra (subjektyvus arba objektyvus) vertybinis sprendimas tik tiek, kiek daroma prielaida, kad *b* yra subjektyvus arba objektyvus tikslas.

5. SOCIALINĖ TVARKA

a) Socialinė tvarka, nustatanti sankcijas

Individo elgesys gali (bet nebūtinai turi) būti susijęs su kitais individais, tačiau žmogus gali elgtis tam tikru būdu ne tik su kitais žmonėmis, bet ir su gyvuliais, augalais arba negyvais daiktais. Vieno individo santykis su kitais individais gali būti tiesioginis arba netiesioginis. Nužudymas yra žudiko elgesys nužudytojo atžvilgiu – tai yra tiesioginis vieno individo santykis su kitu. Tas, kas sunaikina vertingą daiktą, tiesiogiai veikia daiktą, tačiau netiesiogiai veikia ir žmones, kurie tuo daiktu suinteresuoti, konkrečiai – daikto savininkus. Normatyvinė tvarka, reguliuojanti žmogaus elgesį jo tiesioginiuose arba netiesioginiuose santykiuose su kitais žmonėmis, yra socialinė tvarka. Moralė bei teisė ir yra tokios socialinės tvarkos.

Kita vertus, logikos dalykas yra normatyvinė tvarka, kuri savo pobūdžiu nėra socialinė. Taip yra todėl, kad žmonių mąstymo aktuose, kuriuos reguliuoja šios tvarkos normos, nedaromos nuorodos į kitus žmones; žmogaus mintys nėra „nukreiptos“ į kitą žmogų ta prasme, kokia į kitą žmogų gali būti nukreipti jo veiksmai.

Vieno individo elgesys kitų atžvilgiu gali būti jiems naudingas arba žalingas. Psichologijos arba sociologijos požiūriu kiekvienos socialinės tvarkos funkcija yra pajungti individų elgesį šiai tvarkai, motyvuoti juos taip, kad jie susilaikytų nuo tam tikrų „socialiai“, t. y. kitiems individams, žalingais laikomų aktų ir atliktų tam tikrus „socialiai“ naudingais laikomus veiksmus. Šią motyvacinę funkciją atlieka normų, įsakančių arba draudžiančių tam tikrus veiksmus, idėja.

Nelygu kaip žmonių aktai yra įsakomi arba draudžiami, galima skirti įvairius tipus – tai idealieji, ne vidurkiniai tipai. Socialinė tvarka tam tikro žmonių elgesio gali reikalauti nenustatydama jokių padarinių už reikalavimų paisymą arba nepaisymą. Tačiau, reikalaudama vienokio arba kitokio žmonių elgesio, socialinė tvarka tokį elgesį gali sieti ir su

kokiu nors privalumu, su atlygiu, o priešingą elgesį – su nepatogumu arba bausme plačiausia šio žodžio prasme. Principas, pagal kurį į žmonių elgesį reaguojama atlygiu arba bausme, – tai atpildo principas. Ir atlygį, ir bausmę galima vadinti „sankcijomis“, bet paprastai taip vadinama tik bausmė, o ne atlygis.

Galiausiai socialinė tvarka gali įsakyti (teisinė tvarka ir įsako) tam tikrą elgesį, nepatogumus, kaip antai gyvybės, sveikatos, laisvės, garbės, materialinių gėrybių atėmimą, t. y. bausmę plačiausia šio žodžio prasme, susiedama vien su priešingu elgesiu. Tad galima sakyti, kad socialinė tvarka „įsako“ (o teisinė tvarka – teisiškai įsako) tam tikrą elgesį tik tiek, kiek priešingas elgesys yra sankcijos (siauresne šio žodžio prasme) sąlyga. Jeigu socialinė tvarka (tokia kaip teisinė tvarka) tam tikrą elgesį įsako nustatydama sankcijas už priešingą elgesį, tai šią padėtį galima apibūdinti teiginiu, kad už tam tikrą elgesį *privalu* vykdyti tam tikrą sankciją. Vadinasi, sankciją užtraukiantis elgesys yra draudžiamas, o jam priešingas elgesys – įsakomas. Elgesys, kuris yra „įsakomas“, nėra elgesys, kuris „privalo“ būti atliekamas. Tai, kad elgesys yra „įsakomas“, reiškia, jog priešingas elgesys yra sankcijos, kuri „privalo“ būti vykdoma, sąlyga. Sankcijos vykdymas yra *įsakomas* (t. y. jis yra teisinės pareigos turinys), jeigu jos nevykdymas yra sankcijos sąlyga. Jeigu taip nėra, sankcija tik įgalinama, o ne įsakoma. Kadangi ši regresija negali tęstis iki begalybės, paskutinė sankcija šioje grandinėje gali būti tik įgalinama, o ne įsakoma.

Iš čia išplaukia, kad, esant tokiai normatyvinei tvarkai, tas pats elgesys gali būti (šia prasme) vienu metu įsakomas ir draudžiamas ir kad šią situaciją galima apibūdinti logiškai neprieštaringu būdu. Tai yra atvejis, kai tam tikras elgesys yra sankcijos sąlyga, bet kartu sankcijos sąlyga yra ir susilaikymas nuo tokio elgesio. Dvi normos – „*a* privalo būti“ ir „*a* privalo nebūti“ – neigia viena kitą tiek, kiek tas pats individas negali vienu metu jų laikytis arba taikyti; galioti gali tik viena. Tačiau dvi normos – „Jeigu yra *a*, tai privalo būti *x*“ ir „Jeigu yra ne-*a*, tai privalo būti *x*“ – nėra tarpusavyje nesuderinamos. Šios abi normos gali galioti vienu metu. Esant teisinei tvarkai, galima tokia situacija, kai tam tikras žmonių elgesys ir tuo pat metu priešingas elgesys yra sankcijos, kurią privalu vykdyti, sąlyga. Abi normos gali galioti pagret. Jas galima apibūdinti be loginio prieštaravimo, tačiau jos išreiškia dvi konfliktuojančias politines tendencijas – teleologinį konfliktą. Tokia situacija galima, tačiau politiškai nepatenkinama. Todėl teisinėse tvarkose paprastai esama taisyklių, pagal kurias viena iš tokių dviejų normų negalioja arba jos galiojimą galima panaikinti.

Kadangi blogybę, funkcionuojančią kaip sankcija, t. y. bausmė plačiausia prasme, atitinkamam individui reikia taikyti prieš jo valią ir kadangi ši blogybė, jeigu yra priešinamasi, yra taikoma pavartojant jėgą, tai sankcija savo pobūdžiu yra prievartos aktas. Normatyvinė tvarka, prievartos aktus nustatanti kaip sankcijas (t. y. priešišką reakciją į tam tikrą žmonių elgesį), yra prievartinė tvarka. Tačiau prievartos aktai gali būti nustatomi (kaip matysime, teisinėje tvarkoje ir yra nustatomi) ne tik kaip sankcijos, bet ir kaip priešiškos reakcijos į socialiai nepageidaujamus faktus, kurie savo pobūdžiu nėra žmonių elgesys ir dėl to nelaikytini draudžiamais.

Sociologiniu-psichologiniu požiūriu atlygio arba bausmės paskirtis – atlygio troškimą ir bausmės baimę padaryti socialiai pageidaujamo elgesio motyvais. Bet iš tikrųjų tą elgesį gali sąlygoti kitokie motyvai. Neatskiriama tvarkos savybė yra tai, kad ji gali nustatyti neatsižvelgdama į motyvus, kurie kiekvienu konkrečiu atveju sąlygojo sankcijas užtraukiantį elgesį. Tvarkos prasmę išreiškia teiginys, kad tam tikro elgesio atveju – nesvarbu, kokie būtų jo motyvai, – privalo būti vykdoma sankcija (platesne šio žodžio prasme, t. y. atlygis arba bausmė). Tiesą sakant, tam tikra tvarka elgesį su atlygiu gali sieti tik tuo atveju, kai jo motyvas nebuvo atlygio troškimas. Pavyzdžiui, moralinė tvarka gali skirti pagarbą tik tam, kuris atlieka gerus darbus dėl jų pačių, o ne dėl noro sulaukti pagarbos.

Kadangi ankstesniuose puslapiuose socialinės tvarkos galiojimą jau esame atskyrę nuo jos efektyvumo, reikia pažymėti, jog atlygius arba bausmes nustatanti socialinė tvarka yra efektyvi tiesiogine šio žodžio prasme tik tiek, kiek atlygintiną elgesį sąlygoja atlygio troškimas, o nebaustiną elgesį sąlygoja bausmės baimė. Tačiau sakyti, jog tvarka yra efektyvi, įprasta ir tada, kai šiai tvarkai pavaldžių individų elgesys daugiau ar mažiau šią tvarką atitinka, kitaip tariant, jeigu individų elgesys daugiau ar mažiau tenkina atlygio sąlygas ir netenkina bausmės sąlygų, nesvarbu, kokie yra jų elgesio motyvai. Šioje vartosenoje efektyvumo samprata turi normatyvinę, o ne priežastinę prasmę.

b) Ar esama socialinių tvarkų be sankcijų?

Nuo socialinės tvarkos, numatančios sankcijas (platesne šio žodžio prasme), smarkiai skiriasi tokia socialinė tvarka, kuri įsako tam tikrą elgesį, tačiau jo nesieja su atlygiu, o jo priešybės – su bausme, t. y. tvarka, kai netaikomas atpildo principas. Tokia socialine tvarka paprastai laikoma moralinė tvarka, todėl ji skiriama nuo teisinės tvarkos. Iš pirmo žvilgsnio atrodo, jog Jėzus savajame Kalno pamoksle nustato moralinę tvarką be sankcijų, nes jis ryžtingai atmeta Senojo testamento atpildo principą – blogis už blogį, gėris už gėrį: „Jūs esate girdėję, jog buvo pasakyta: *Akis už akį* ir *dantis už dantį*. O aš jums sakau: nesipriešink piktam žmogui. <...> Jūs esate girdėję, jog buvo pasakyta: *Mylėk savo artimą ir nekęsk priešo*. O aš jums sakau: mylėkite savo priešus <...>. Jei mylite tik tuos, kurie jus myli, tai kokį atlygį gausite? Argi taip nesielgia ir muitininkai!?“[9] Akivaizdu, kad Jėzus čia kalba apie dangiškąjį atlygį, tad net šioje aukščiausioje moralinėje tvarkoje atpildo principas nėra visiškai atmetamas. Dangiškasis (nors ne žemiškasis) atlygis žadamas tam, kuris atsižada šiame pasaulyje taikyti atpildo principą ir už blogį neatsilygina blogiu, o tik už gėrį – gėriu. Be to, ši moralinė tvarka, nenumatanti bausmės šiame pasaulyje, apima bausmę kitame pasaulyje. Tai nėra moralinė tvarka be sankcijų – tai tvarka su transcendentinėmis sankcijomis, ir šiuo atžvilgiu ji yra religinė tvarka.

Sprendžiant klausimą, ar galima moralinė tvarka be sankcijų, būtina pažymėti štai ką: jeigu moralinė tvarka įsako tam tikrą elgesį, tai ji kartu įsako, kad įsakytajam vieno individo elgesiui pritartų kiti, o priešingam elgesiui būtų nepritariama. Jeigu kas nors ne-

[9] Mt 5:38 ir toliau.

pritaria įsakytajam elgesiui arba pritaria priešingam, tai jis elgiasi amoraliai ir jam pačiam turi būti moraliai nepritariama. Kitų bendruomenės narių pritarimas ir nepritarimas suvokiami kaip atlygis ir bausmė, tad juos galima interpretuoti kaip sankcijas. Kartais tai kur kas efektyvesnės sankcijos už kitokias atlygio arba bausmės formas, nes jos patenkina arba žeidžia žmogaus reputacijos troškimą, o ši yra vienas svarbiausių savisaugos instinkto komponentų. Pažymėtina, jog dvi moralės normos – viena įsako tam tikrą elgesį, o kita nustato, kad turi būti nepritariama priešingam elgesiui, – iš esmės yra susijusios ir sudaro vienovę. Todėl abejotina, ar galima skirti socialines tvarkas su sankcijomis ir be sankcijų. Vienintelis svarbus socialinių tvarkų skirtumas yra ne tai, kad kai kurios iš jų nustato sankcijas, o kitos ne, bet tai, kad jos nustato skirtingų tipų sankcijas.

c) Transcendentinės ir socialiai imanentinės sankcijos

Socialinės tvarkos sankcijos yra arba transcendentinės, arba socialiai imanentinės. Transcendentinės sankcijos yra tos, kurias tos tvarkos subjektų tikėjimas kildina iš antžmogiškojo autoriteto. Toks tikėjimas yra specifinis pirmykščio mąstymo bruožas. Pirmykštis žmogus gamtos įvykius, susijusius su tiesioginiais jo interesais, interpretuoja pagal atpildo principą: palankius įvykius – kaip atlygį už esamos socialinės tvarkos laikymąsi, nepalankius – kaip bausmę už jos nepaisymą[10]. Pirmykščio žmogaus religinėse idėjose atlygis už socialiai gerą elgesį, kaip antai: sėkmė medžioklėje, gausus derlius, pergalė mūšyje, sveikata, vaisingumas ir ilgas gyvenimas, bei baudimas už blogą elgesį ligomis ir mirtimi iš pradžių tikriausiai buvo priskiriamas mirusiųjų dvasioms. Socialiai interpretuojama gamta atrodo kaip normatyvinė socialinė tvarka, tam tikrą žmonių elgesį susiejanti su tam tikromis sankcijomis. Savo pobūdžiu tai yra religinė tvarka. Tačiau negalima deramai neįvertinti gamtos normatyvinės interpretacijos vaidmens ir tokiose labiausiai rafinuotose religijose, kaip judėjų-krikščionių. Net šiuolaikinis žmogus, ištiktas nelaimės, dažnai instinktyviai savęs klausia: „Ką padariau, kad pelniau tokią bausmę?" Savo sėkmę jis yra linkęs interpretuoti kaip atlygį už sąžiningą Dievo įsakymų laikymąsi. Rafinuotos religijos šiuo požiūriu skiriasi nuo pirmykščių tik tuo, kad prie sankcijų, vykdytinų šiame pasaulyje, jos prideda tas sankcijas, kurias kitame pasaulyje taiko ne mirusiųjų dvasios, o Dievas. Šios sankcijos yra transcendentinės ne tik tuo atžvilgiu, kad kyla iš antžmogiškojo, tad ir antvisuomeninio, autoriteto, bet ir tuo atžvilgiu, kad jos yra vykdomos už visuomenės ir net už šio pasaulio ribų, transcendentinėje srityje.

Nuo transcendentinių sankcijų skiriasi tos sankcijos, kurios ne tik yra vykdomos šiame pasaulyje ir visuomenėje, bet ir kurias vykdo visuomenės nariai, todėl jas galima apibūdinti kaip „socialiai imanentines" sankcijas. Tai gali būti kitų narių reiškiamas paprasčiausias pritarimas arba nepritarimas arba į kitus asmenis nukreipti specifiniai aktai, t. y. aktai, kuriuos pagal tos socialinės tvarkos reguliuojamą procedūrą atlieka tam tikri tos socialinės tvarkos numatyti individai. Tokiu atveju galima kalbėti apie socialiai organizuotas sankcijas. Seniausia šio pobūdžio sankcija – kraujo kerštas, praktikuojamas pir-

[10] Plg. § 19.

mykštėje visuomenėje. Tai yra sankcija, kuria pirmykštė socialinė tvarka reaguoja į faktą, kad kraujo ryšiais susijusios grupės (didesnės arba mažesnės šeimos) narys tiesiogiai arba magijos būdu nužudo kitos tokios grupės narį. Antrosios grupės nariai ją turi įvykdyti pirmosios grupės nariams. Sankcija už nužudymą grupėje iš pradžių veikiausiai buvo tik paties nužudytojo dvasios kerštas žudikui. Tačiau kadangi mirusiojo dvasia turi galią tik jo paties grupėje, už kitos grupės nario įvykdytą nužudymą atkeršyti galima buvo tik aukos giminaičių aktais. Tik pareigos atkeršyti neįvykdymas užtraukdavo transcendentinę mirusiojo dvasios keršto sankciją. Pažymėtina, kad kraujo kerštas, seniausia organizuota socialinė sankcija, iš pradžių buvo taikoma tik santykiuose tarp grupių. Sankcija, funkcionuojančia toje pačioje grupėje, ji virto tik tada, kai socialinė bendruomenė pradėjo aprėpti keletą kraujo ryšiais susijusių grupių, neapsiribodama viena šeima.

Sociologiniu požiūriu šiai religinei raidai buvo būdingas antžmogiškojo autoriteto centralizavimas, jo galios stiprėjimas bei atstumo tarp autoriteto ir žmogaus didėjimas. Mirusiųjų dvasių daugybę pakeitė keletas dievų, o galiausiai – vienas visagalis Dievas, nukeltas į kitą pasaulį. Kaip stipriai socialinė atpildo idėja dominavo šioje raidoje, liudija ta aplinkybė, kad kai žmogaus tikėjimo vaizdiniuose šį pasaulį papildė kitas pasaulis, šis kitas pasaulis buvo padalytas pagal atpildo principą: į rojų geriesiems ir pragarą blogiesiems.

Įdomu tai, kad iš dviejų sankcijų – atlygio ir bausmės – antroji socialinėje tikrovėje yra kur kas svarbesnė nei pirmoji. Tai liudija ne vien tas faktas, kad svarbiausia socialinė tvarka – teisinė tvarka – iš esmės pasitelkia tik bausmę, bet tai ypač gerai rodo vis dar grynai religinio pobūdžio tvarka, t. y. tik transcendentinėmis sankcijomis garantuojama socialinė tvarka. Moralės arba teisės požiūriu teisingą pirmykščių žmonių elgesį, ypač gausių draudimų, vadinamųjų tabu, laikymąsi, lemia visų pirma negandų, kuriomis, reaguodamas į tradicinės tvarkos pažeidimus, ištiks antžmogiškasis autoritetas – mirusiųjų dvasios baimė. Palyginti su baime, kuri vyrauja pirmykščio žmogaus gyvenime, atlygio viltis atlieka tik antraeilį vaidmenį. Ir civilizuoto žmogaus religiniuose tikėjimuose, pagal kuriuos dieviškasis atpildas mūsų laukia ne (arba ne tik) šiame, bet aname pasaulyje, pomirtinės bausmės baimė yra užvis svarbiausia. Pragaro, kaip bausmės vietos, vaizdiniai yra daug ryškesni už šiaip jau ganą blyškią gyvenimo rojuje, kaip atlygio už dievobaimingumą, idėją. Net ten, kur nenustatomos jokios ribos žmogaus norų išsipildymo svajoms, jų sukuriama transcendentinė tvarka iš esmės nesiskiria nuo empirinės visuomenės tvarkos.

6. TEISINĖ TVARKA

a) Teisė: žmonių elgesio tvarka

Teisės teorija turi pradėti nuo savo objekto apibrėžimo. Ieškant teisės apibrėžimo patogu pradėti nuo kalbos vartosenos, t. y. išsiaiškinti žodžio „teisė“ (*law*) ir jo atitikme-

nų – vokiečių kalbos žodžio *Recht*, prancūzų *droit*, italų *diritto* – prasmę*. Turime išsiaiškinti, ar socialiniai reiškiniai, kuriuos šie žodžiai apibūdina, turi kokių nors bendrų požymių, leidžiančių juos atskirti nuo panašių reiškinių, ir ar šie požymiai yra pakankamai svarbūs, kad juos būtų galima laikyti socialinės mokslinės sampratos elementais. Tokio aiškinimosi rezultatas iš esmės galėtų būti tas, kad žodis „teisė" ir jo atitikmenys kitose kalbose žymi tiek daug skirtingų objektų, kad jų negali aprėpti viena sąvoka. Tačiau taip nėra. Lygindami objektus, kuriuos įvairios tautos įvairiais istorijos laikotarpiais įvardijo žodžiu „teisė", pamatome, kad visi šie objektai – tai vienokia arba kitokia *žmonių elgesio tvarka*. „Tvarka" yra normų sistema, kurios vienovę lemia ta aplinkybė, kad jų visų galiojimas grindžiamas tuo pačiu pagrindu; o normatyvinės tvarkos galiojimo pagrindas yra pamatinė norma, iš kurios, kaip pamatysime, kildinamas visų tos tvarkos normų galiojimas. Atskira norma yra galiojanti teisės norma, jeigu ji atitinka „teisės" sampratą ir yra teisinės tvarkos dalis; o ji *yra* teisinės tvarkos dalis, jeigu jos galiojimas grindžiamas pamatine tos tvarkos norma.

Teisinės tvarkos normos reguliuoja žmonių elgesį. Iš pirmo žvilgsnio gali atrodyti, kad šis teiginys tinka tik civilizuotų tautų socialinėms tvarkoms, nes pirmykštėse visuomenėse teisinė tvarka reguliuoja ir gyvulių, augalų, net negyvų daiktų elgesį. Pavyzdžiui, Biblijoje skaitome, jog jautį, užmušusį žmogų, privalu užmušti, – akivaizdu, kad tai bausmė. Senovės Atėnuose veikė specialus teismas, kur galėjo būti teisiamas akmuo, ietis arba bet koks daiktas, kuriuo buvo nužudytas (veikiausiai dėl neatsargumo) žmogus. Viduramžiais buvo galima patraukti į teismą gyvulį, pavyzdžiui, jautį, kuris buvo žmogaus mirties priežastis, arba skėrius, sunaikinusius derlių. Kaltinamas gyvulys būdavo nuteisiamas ir jam įvykdoma bausmė pagal formalią teisinę procedūrą, – visiškai kaip nusikaltėlis žmogus. Jeigu teisinės tvarkos nustatytos sankcijos adresuojamos ne tik žmonėms, bet ir gyvuliams, tai reiškia, kad teisiškai įsakomas ne tik žmonių, bet ir gyvulių elgesys. Vadinasi, jeigu tai, kas teisiškai įsakoma, laikytina teisinės pareigos turiniu[11], tai ne tik žmonės, bet ir gyvuliai įpareigojami elgtis tam tikru būdu. Šį, mūsų manymu, absurdišką teisės turinį lemia animistinės idėjos, pagal kurias ne tik žmonės, bet ir gyvuliai arba net negyvi daiktai turi „sielą" ir todėl iš esmės nesiskiria nuo žmonių. Tad sankcijos, taigi ir normos, nustatančios teisines pareigas, taikytinos ir žmonėms, ir gyvuliams bei daiktams. Nors šiuolaikinės teisinės tvarkos reguliuoja tik žmonių, o ne gyvulių, augalų ir daiktų elgesį, tai nereiškia, kad jos negali nustatyti žmonių elgesio su gyvuliais, augalais ir daiktais. Pavyzdžiui, gali būti draudžiama žudyti (apskritai arba tam tikru laiku) tam tikrus gyvūnus, naikinti retus augalus arba istoriškai vertingus statinius. Tačiau šios teisės normos reguliuoja ne saugomų gyvūnų, augalų ir daiktų, bet žmonių, kuriems gresia bausmė, elgesį.

* *Vertėjo [angliškojo vertimo] pastaba:* „Čia išverstas vokiškas tekstas: „<...> die Bedeutung festzustellen, die das Wort „Recht" in der deutschen Sprache und seine Aequivalenten in anderen sprachen (*law*, *droit*, *diritto* usw.) haben." Anglų kalbos žodis *law* neapsiriboja teisine prasme, bet vartojamas ir gamtos dėsniams žymėti."

[11] Plg. § 28.

Šis elgesys gali būti pozityvus veiksmas arba veiksmo neatlikimas – veiksmo nebuvimas, neveikimas, veiksmo vengimas, susilaikymas nuo veiksmo. Teisinė tvarka, kaip socialinė tvarka, pozityviai[12] reguliuoja individų elgesį tik tiek, kiek tas elgesys tiesiogiai arba netiesiogiai yra susijęs su kitais individais. Teisinės tvarkos reguliavimo dalykas yra vieno individo elgesys su vienu, keliais arba visais kitais individais kaip santykis, t. y. individų tarpusavio elgesys. Vieno žmogaus elgesys su kitais, kaip santykis, gali būti individualus: pavyzdžiui, norma, kiekvieną žmogų įpareigojanti susilaikyti nuo kitų žmonių žudymo, arba norma, įpareigojanti skolininką atlyginti kreditoriui, arba norma, kiekvieną įpareigojanti gerbti kitų nuosavybę. Tačiau tas santykis gali būti ir kolektyvinio pobūdžio. Pavyzdžiui, elgesys, nustatytas normos, įpareigojančios žmogų atlikti karo tarnybą, yra ne individo elgesys su kitu individu, bet su visa socialine bendruomene – su visais individais, kurie yra šios teisinės tvarkos subjektai. Tas pats pasakytina apie mėginimus žudytis – ten, kur už tai baudžiama. Panašiai ir normas, ginančias gyvūnus, augalus ir negyvus daiktus, galima interpretuoti kaip socialines normas. Teisinis autoritetas įsako tam tikrą žmonių elgesį, nes tas autoritetas, pagrįstai arba nepagrįstai, tokį elgesį laiko būtinu teisinėje žmonių bendruomenėje. Galiausiai būtent šis santykis su teisine bendruomene lemia vieno individo elgesio su kitu individu teisinį reguliavimą. Juk teisės norma įpareigoja skolininką ne tik (ir galbūt ne tiek) tam, kad apgintų kreditorių, bet tam, kad palaikytų tam tikrą ekonominę sistemą.

b) Teisė: prievartinė tvarka

Taigi pirmasis bruožas, būdingas kiekvienai socialinei tvarkai, įvardijamai žodžiu „teisė“, yra tas, kad tai yra žmonių elgesio tvarka. Antrasis jų bruožas – tai yra *prievartinės tvarkos*. O tai reiškia, kad į tam tikrus visuomenei žalingus ir dėl to nepageidaujamais laikomus įvykius, ypač į žmonių šio pobūdžio elgesį, ji reaguoja prievartos aktais, kitaip tariant, atsakyti turinčiam individui primeta kokią nors blogybę (pavyzdžiui, atima gyvybę, sveikatą, laisvę arba ekonomines gėrybes), kurią, esant būtinybei, šiam individui primeta prieš jo valią, tam pavartodama fizinę jėgą. Prievartos aktu padaromas blogis tuo požiūriu, kad pats jį patiriantis individas paprastai jį suvokia kaip blogį, nors kartais gali būti ir išimčių. Pavyzdžiui, nusikaltimą padaręs asmuo gali taip sielotis dėl savo veiksmų, kad iš tikrųjų geidžia įstatymo bausmės ir todėl nelaiko jos blogiu; arba asmuo padaro nusikaltimą tam, kad patektų į kalėjimą, kur tikrai turės maistą ir pastogę. Bet, žinoma, visa tai tėra išimtys. Kadangi paprastai prievartos aktą savo atžvilgiu individas suvokia kaip blogį, „teise“ įvardijamos socialinės tvarkos – tai prievartinės žmonių elgesio tvarkos. Jos įsako tam tikrą žmonių elgesį, su priešingu elgesiu siedamos prievartos aktą. Šis prievartos aktas nukreipiamas prieš individą, kuris taip elgiasi (arba prieš individus, kurie yra tam tikru būdu socialiai su juo susiję). O tai reiškia, kad prievartinė tvarka tam tikrą individą įgalina prievartos aktą, kaip sankciją, nukreipti prieš

[12] Plg. § 4d.

kitą individą. Teisinės tvarkos nustatytos sankcijos – tai socialiai imanentinės (ne transcendentinės) sankcijos; be to, jos yra socialiai organizuotos (ne vien pritarimas arba nepritarimas).

Teisinė tvarka, numatydama prievartos aktus, gali reaguoti ne tik į žmonių elgesį, bet ir į kitus socialiai žalingus faktus, apie kuriuos kalbėsime vėliau. Kitaip tariant, nors teisinės tvarkos numatytas prievartos aktas visada yra tam tikro individo elgesys, šio prievartos akto sąlyga nebūtinai turi būti individo elgesys, ja gali būti koks nors kitas socialiai žalingu laikomas faktas. Kaip matysime, teisinės tvarkos numatytą prievartos aktą galima interpretuoti kaip teisinės tvarkos konstituojamos bendruomenės veiksmą ir konkrečiai – kaip teisinės bendruomenės reakciją į socialiai žalingą faktą. Tai reiškia, kad prievartos aktą galima *priskirti* šiai bendruomenei; perkeltine prasme čia kalbame apie mintinę operaciją, kai teisinės tvarkos numatomą prievartos aktą priskiriame tai teisinei tvarkai kartu ją personifikuodami kaip veikiantį subjektą. Jeigu socialiai žalingas faktas, į kurį bendruomenė reaguoja prievartos aktu, yra tam tikras žmonių elgesys, tokia reakcija interpretuojama kaip sankcija. Tai, kad teisė yra prievartinė tvarka, reiškia, jog teisės normos numato prievartos aktus, kuriuos galima priskirti teisinei bendruomenei. Tai nereiškia, kad vykdant tokias sankcijas kiekvieną kartą reikia pavartoti fizinę jėgą; ji būtina tik tada, kai vykdymui priešinamasi, tačiau paprastai taip nebūna.

Šiuolaikinėse teisinėse tvarkose pasitaiko normų, kurios už tam tikrus pagirtinus aktus numato atlygį – titulų suteikimą arba apdovanojimą pasižymėjimo ženklais. Tačiau atlygis nėra visų „teise" įvardijamų socialinių tvarkų bendras bruožas; jis nėra būtinas, kad šios tvarkos funkcionuotų. Šiose prievartinėse tvarkose jis atlieka pagalbinį vaidmenį. Be to, normos, tam tikrus organus įgalinančios teikti titulus vienaip ar kitaip pasižymėjusiems individams arba apdovanoti juos pasižymėjimo ženklais, iš esmės yra susijusios su sankcijas nustatančiomis normomis: juk naudojimasis titulu arba pasižymėjimo ženklo demonstravimas yra arba teisiškai nedraudžiamas, t. y. negatyviai leidžiamas, arba (paprastai ir dažniausiai) pozityviai leidžiamas, o tai reiškia, kad jis draudžiamas nesant specialaus leidimo. Tad šią teisinę situaciją galima apibūdinti tik kaip normatyviai nustatytą draudžiamosios normos galiojimo apribojimą; o tai reiškia, kad daroma nuoroda į prievartinę normą.

Teisė, kaip prievartinė tvarka, skiriasi nuo kitų socialinių tvarkų. Lemiamas kriterijus yra jėgos elementas: šios tvarkos numatytas aktas yra socialiai žalingų faktų padarinys ir privalo būti vykdomas net prieš individo valią, o jei šis priešinasi – pavartojant fizinę jėgą.

Teisinės tvarkos numatomi prievartos aktai kaip sankcijos

Kadangi teisinės tvarkos numatytas prievartos aktas atlieka reakcijos į teisinės tvarkos apibrėžtą žmonių elgesį funkciją, šis prievartos aktas savo pobūdžiu yra sankcija. Žmonių elgesys, prieš kurį nukreipiamas prievartos aktas, laikytinas draudžiamu, neteisėtu, t. y. deliktu. Būtent *tokio* elgesio priešybė laikoma įsakytuoju, arba teisėtu, elgesiu,

neužtraukiančiu sankcijos taikymo. Teisės, kaip „prievartinės tvarkos", apibūdinimas nereiškia (nors kartais taip teigiama), kad teisė „užtikrina" teisėtą, t. y. įsakytąjį, elgesį. Tokio elgesio prievartos aktas neužtikrina, nes prievartos aktą reikia vykdyti būtent tada, kai individas elgiasi draudžiamu, o ne įsakytuoju būdu. Būtent tokiam atvejui numatomas prievartos veiksmas kaip sankcija. Tačiau galbūt minėtą teiginį galima suprasti kaip reiškiantį, jog teisė, nustatydama sankcijas, mėgina skatinti žmones elgtis pagal jos įsakymus tuo atžvilgiu, kad noras išvengti sankcijų tampa nurodyto elgesio motyvu. Tačiau tokia motyvacija – tai tik galima, bet ne būtina teisės funkcija; teisėtą, t. y. įsakytąjį, elgesį gali paskatinti ir kitokie, ypač religiniai arba moraliniai, motyvai. Ir tai yra gana dažnas reiškinys. Motyvacijos implikuojama prievarta – tai psichologinė prievarta, kylanti iš to, kaip tam tikras individas įsivaizduoja teisę, ir galinti reikštis tik šiame individe. Tačiau šios psichologinės prievartos negalima painioti su prievartos akto numatymu – teisinės tvarkos vidaus elementu. Kiekviena efektyvi socialinė tvarka vartoja vienokią arba kitokią fizinę prievartą, o kai kurios tvarkos (kaip antai religinė tvarka) ją vartoja kur kas plačiau nei teisinė tvarka. Tad psichologinė prievarta nėra būdingasis bruožas, teisinę tvarką išskiriantis iš kitų socialinių tvarkų. Teisė yra prievartinė tvarka ne ta prasme, kad ji vartoja psichologinę prievartą, o tik ta prasme, kad prievartos aktus (konkrečiai – prievartinį gyvybės, laisvės, ekonominių arba kitokių gėrybių atėmimą) numato kaip tam tikrų sąlygų padarinius. Šios sąlygos – tai pirmiausia (bet ne tik) tam tikras žmogaus elgesys, kuris būtent dėl to, kad jis yra sankcijos sąlyga, įgyja teisiškai draudžiamo (neteisėto) elgesio – delikto – pobūdį.

Teisinės bendruomenės jėgos vartojimo monopolis

Nors įvairios teisinės tvarkos daugiau ar mažiau sutaria dėl prievartos aktų, kuriuos galima priskirti teisinei bendruomenei (tai visada yra jau minėtų gėrybių atėmimas), jos skiriasi sąlygų, su kuriomis susiejami prievartos aktai, požiūriu. Konkrečiai – jos skiriasi požiūriu į tai, kokio elgesio priešybę reikėtų užtikrinti nustatant sankcijas, t. y. teisinės tvarkos nustatyto teisinio elgesio apibrėžiamu socialiai pageidaujamu statusu, kitaip tariant, teisės normų *teisine verte*. Šios teisinės vertės, kurią dar išsiaiškinsime, kontekste pažymėtina, kad teisės raida nuo pirmųjų užuomazgų iki jos dabartinio (šiuolaikinės valstybės) etapo liudija visoms teisinėms tvarkoms būdingą bendrą tendenciją. Ši tendencija – tai palaipsnis ir vis ryžtingesnis draudimas žmogui vartoti fizinę jėgą prieš žmogų. Jėgos vartojimas draudžiamas paverčiant jį sankcijos sąlyga. Tačiau pati sankcija jau yra jėgos vartojimas. Todėl draudimas vartoti jėgą gali būti tik ribotas, tad reikia skirti leidžiamą ir draudžiamą jėgos vartojimą. Jis leidžiamas kaip reakcija į socialiai nepageidaujamą faktą, ypač į socialiai žalingą žmonių elgesį – tai yra kaip sankcija, kaip įgalintas jėgos vartojimas, kurį galima priskirti teisinei bendruomenei. Tačiau šis skirtumas nereiškia, kad kitoks nei teisiškai įgalintas jėgos vartojimas, kaip reakcija į nepageidaujamą faktą, yra draudžiamas ir todėl neteisėtas. Pirmykštė teisinė tvarka nedraudžia visų kitų jėgos vartojimo būdų. Net žmonių žudymas draudžiamas tik tam tikru mastu. Tik laisvo tėvynainio, o ne

svetimšalio arba vergo nužudymas pirmykštėje visuomenėje laikomas nusikaltimu. O svetimšalio arba vergo nužudymas tiek, kiek jis nėra draudžiamas, yra (negatyviąja prasme) leidžiamas. Tačiau jis nėra įgalinamas kaip sankcija! Vis dėlto ilgainiui įsivyrauja principas, kad bet koks jėgos vartojimas yra draudžiamas, jeigu jis nėra (ir tai yra principo apribojimas) specialiai įgalintas kaip teisinei bendruomenei priskiriama reakcija į socialiai žalingą faktą. Tokiu atveju teisinė tvarka išsamiai apibrėžia sąlygas, kuriomis fizinę jėgą galima vartoti (ir kokie žmonės gali ją vartoti). Kadangi individą, įgalinamą vartoti jėgą, galima laikyti teisinės tvarkos (arba teisinės tvarkos konstituotos bendruomenės) organu, tokių individų vykdomus prievartos aktus galima priskirti bendruomenei[13]. Tada turime reikalą su teisinės bendruomenės jėgos vartojimo monopoliu. Šis monopolis yra decentralizuotas, jeigu individai, kurie įgalinami vartoti jėgą, yra ne specialūs organai, veikiantys pagal darbo pasidalijimo principą, o teisinė tvarka įgalina jėgą vartoti visus individus, manančius, kad jų interesus pažeidžia kitų individų neteisėtas elgesys; kitaip tariant, jeigu dar vyrauja savigynos principas.

Teisinė tvarka ir kolektyvinis saugumas

Nustatydama sąlygas, kuriomis galima vartoti jėgą, ir nurodydama individus, kurie gali ją vartoti, teisinė tvarka saugo tai tvarkai priklausančius individus nuo kitų individų vartojamos jėgos. Kai yra tam tikras šios apsaugos minimumas, kalbame apie kolektyvinį saugumą, nes saugumą garantuoja teisinė tvarka kaip socialinė tvarka. Manytina, kad toks apsaugos nuo fizinės jėgos vartojimo minimumas yra net tada, kai jėgos monopolis yra decentralizuotas, t. y. kai vis dar vyrauja savigyna. Tokią padėtį galima laikyti žemiausiu kolektyvinio saugumo lygmeniu. Tačiau kai yra tam tikras teisinės bendruomenės jėgos monopolio centralizacijos minimumas ir kai savigyna, bent iš principo, yra atmetama, apie kolektyvinį saugumą galime kalbėti tik siauresne prasme. Kolektyvinis saugumas šia, siauresne, prasme yra tada, kai bent jau klausimą, ar konkrečiu atveju buvo pažeista teisė ir kas už tai atsako, sprendžia ne šalys, bet specialus organas, nepriklausomas teismas; t. y. kai galima objektyviai išspręsti klausimą, ar jėgos pavartojimas konkrečiu atveju yra deliktas, ar teisėtas aktas, kurį, kaip sankciją, galima priskirti bendruomenei.

Tad kolektyvinis saugumas gali būti skirtingų lygmenų, nelygu kiek centralizuota yra procedūra, pagal kurią konkrečiais atvejais yra nustatomos sąlygos, su kuriomis susiejamas prievartos aktas kaip sankcija ir pagal kurią vykdomas šis prievartos aktas. Aukščiausias kolektyvinio saugumo lygmuo pasiekiamas tada, kai teisinė tvarka įsteigia privalomos jurisdikcijos teismus ir centrinius vykdomuosius organus, kurių prievartos priemonės yra tokios efektyvios, kad priešintis paprastai yra beprasmiška. Tokia padėtis yra šiuolaikinėje valstybėje – itin centralizuotoje teisinėje tvarkoje.

Kolektyvinio saugumo tikslas yra taika, nes taika – tai fizinės jėgos nevartojimas. Apibrėždama jėgos vartojimo sąlygas ir ją vartojančius vykdomuosius organus, įtvirtindama teisinės bendruomenės jėgos monopolį, teisinė tvarka šią bendruomenę pacifikuoja. Ta-

[13] Plg. § 30c.

čiau teisės kuriama taika tėra santykinė. Teisė nepašalina žmogaus fizinės jėgos vartojimo prieš žmogų. Teisė nėra bejėgė tvarka, kaip teigia utopinis anarchizmas. Teisė yra prievartinė tvarka, o kaip prievartinė tvarka (tai liudija jos evoliucija) – saugumo, t. y. taikos, tvarka. Tačiau būtent dėl to, kad kolektyvinio saugumo sąvoką galima apibrėžti siauresne prasme ir taikyti tik ten, kur visuomenės jėgos monopolis yra centralizuotas, galime tarti, jog teisinės bendruomenės pacifikacija vyksta tik tuo teisės raidos lygmeniu, kur savigyna yra – bent iš principo – draudžiama ir kur vyrauja kolektyvinis saugumas siauresne šio žodžio prasme. Tiesą sakant, kažin ar galima kalbėti net apie santykinę teisinės bendruomenės pacifikaciją tol, kol teisė tebėra pirmykštė. Kol nėra teismų, kurie galėtų objektyviai nustatyti, ar buvo pažeistas draudimas pavartoti jėgą; kol kiekvienas individas, manantis, kad kitas individas pažeidė jo teises, yra įgalintas jėgą vartoti kaip sankciją; kol individas, prieš kurį pavartota jėga, yra įgalintas į šį jėgos pavartojimą atsakyti jėgos pavartojimu, kurį gali teisinti kaip sankciją (t. y. kaip reakciją į patirtą skriaudą); kol kraujo kerštas yra teisėtas institutas, o dvikova – teisiškai leidžiama ir net teisės reguliuojama; kol nusikaltimu laikomas tik laisvų tėvynainių, bet ne svetimšalių ir vergų žudymas; galiausiai kol tarptautinė teisė nedraudžia karo santykiuose tarp valstybių, – tol negalima tvirtinti, kad teisinė padėtis yra būtinai taikos padėtis ir kad taikos užtikrinimas yra esminė teisės funkcija[14]. Daugiausia, ką galima pasakyti, yra tai, kad teisė plėtojasi šia linkme. Tad net jeigu taika laikoma absoliučia moraline vertybe arba vertybe, kurią pripažįsta visos pozityviosios moralinės tvarkos (o tai, kaip matysime, neatitinka tikrovės), taikos užtikrinimo, teisinės bendruomenės pacifikavimo negalima laikyti visų teisinių tvarkų esmine moraline vertybe; tai nėra visai teisei bendras „moralės minimumas“.

Visiškas draudimas vartoti jėgą liudija tendenciją plėsti sritį tų faktų, kuriuos teisinė tvarka apibrėžia kaip prievartos aktų sąlygą; ši tendencija toli peržengė minėto draudimo ribas, prievartos aktus, kaip sankcijas, siedama ne tik su jėgos vartojimu, bet ir su įvairiais kitokiais aktais, net su aktų neatlikimu. Jeigu teisės numatomas prievartos aktas yra reakcija į socialiai žalingą elgesį ir jeigu to numatymo paskirtis – užkirsti kelią šitokiam elgesiui (individualioji arba bendroji prevencija), toks aktas yra sankcija specifine, siauresne šio žodžio prasme, o ta aplinkybė, kad tam tikras elgesys traktuojamas kaip sankcijos (minėta prasme) sąlyga, reiškia, jog šitoks elgesys yra teisiškai draudžiamas, kad jis yra deliktas. Yra sąsaja tarp šitokios sankcijos sampratos ir delikto sampratos. Sankcija yra delikto padarinys, deliktas yra sankcijos sąlyga. Pirmykštėse teisinėse tvarkose sankcijos, kaip reakcija į deliktą, yra visiškai decentralizuotos. Ši reakcija paliekama individų, kurių interesus pažeidė deliktas, diskrecijai. Jie įgalinami identifikuoti kaip deliktą *in concreto* tai, ką teisinė tvarka kaip deliktą yra identifikavusi tik *in abstracto*; jie taip pat įgalinami vykdyti teisinės tvarkos nustatytą sankciją. Čia vyrauja savigynos principas. Vykstant evoliucijai ši reakcija į deliktą vis labiau centralizuojama tuo atžvilgiu,

[14] Čia gerokai modifikuoju savo ankstesnį požiūrį į teisės ir taikos santykį, išdėstytą mano knygoje *General Theory of Law and State*, p. 22 ff.

kad delikto identifikavimas ir sankcijos vykdymas paliekamas specialiems organams – teismams ir vykdomosios valdžios institucijoms. Taip savigynos principas apribojamas, tačiau negali būti visiškai panaikintas. Net šiuolaikinėje valstybėje, kur ši centralizacija yra pasiekusi aukščiausią laipsnį, vis dar yra tam tikras savigynos minimumas – būtinoji gintis. Be to, šiuolaikinėse centralizuotose teisinėse tvarkose esama ir kitų atvejų (atvejų, kuriuos teisės teorija dažniausiai ignoruoja), kai ribotas fizinės jėgos vartojimas paliekamas ne specialiems organams, bet suinteresuotų individų diskrecijai. Kalbame apie kūno bausmės teisę, kurią, kaip vaikų auklėjimo priemonę, jų tėvams pripažįsta net šiuolaikinės teisinės tvarkos. Ji yra ribota tiek, kiek yra draudžiama žaloti vaiko sveikatą; tačiau spręsti, koks vaiko elgesys yra kūno bausmės sąlyga, t. y. koks vaiko elgesys yra pedagogiškai, tad ir socialiai, nepageidaujamas, iš esmės paliekama tėvams, kurie ją gali deleguoti profesionaliems auklėtojams.

Kitokie nei sankcijos prievartos aktai

Valstybei vystantis nuo teisminės prie administracinės bendruomenės[15], faktų, kurie yra prievartos aktų taikymo sąlyga, sritis plečiasi. Dabar į ją įtraukiami ne tik socialiai žalingi veiksmai arba neveikimas, bet ir kiti faktai, kurie savo pobūdžiu nėra deliktai. Vienas iš tokių faktų yra įtarimas, kad tam tikras individas padarė deliktą. Specialūs organai – policijos agentai – gali būti teisiškai įgalinti atimti įtariamam individui laisvę, kad būtų užtikrinta prieš jį nukreipta teisena, leisianti išsiaiškinti, ar jis iš tikrųjų padarė deliktą, dėl kurio yra įtariamas. Tokio laisvės atėmimo sąlyga yra ne apibrėžtas individo elgesys, o tik įtarimas dėl tokio elgesio. Panašiai teisinė tvarka gali įgalinti policiją asmenims taikyti vadinamąjį apsauginį suėmimą, t. y. atimti iš jų laisvę, kad apgintų nuo jiems gresiančios neteisėtos agresijos. Šiuolaikinės teisinės tvarkos taip pat numato psichiškai nesveikų individų, keliančių grėsmę visuomenei, priverstinį internavimą tam skirtose institucijose, o infekcinėmis ligomis sergančių asmenų – ligoninėse. Be to, nuosavybę galima eksproprijuoti, jeigu tai būtina visuomenės interesams, naminius gyvulius galima naikinti, jeigu jie serga epideminėmis ligomis, pastatus galima prievarta nugriauti, kad būtų išvengta jų sugriuvimo arba gaisro plitimo. Totalitarinių valstybių teisinė tvarka leidžia savosioms vyriausybėms koncentracijos stovyklose uždaryti asmenis, kurių įsitikinimai, religija arba rasė joms nepatinka, versti juos dirbti bet kokį darbą, net juos žudyti. Tokias priemones galima aistringai smerkti moralės požiūriu, tačiau jų negalima laikyti esančiomis už tų valstybių teisinės tvarkos ribų. Visi šie aktai – tai toks pats prievartinis gyvybės, laisvės arba nuosavybės atėmimas, kaip ir mirties bausmės, įkalinimo arba civilinio išieškojimo sankcijos. Tačiau, kaip jau sakėme, nuo sankcijų jie skiriasi tiek, kiek nėra individo teisiškai nustatomo ir socialiai nepageidaujamo veiksmo arba neveikimo padarinys, t. y. jų sąlyga nėra teisiškai nustatomas individo padarytas deliktas. Deliktas yra apibrėžtas žmogaus elgesys (veiksmas arba neveikimas), kurį teisinė tvarka draudžia dėl to, kad jis yra socialiai nepageidaujamas; jis yra draudžiamas tiek, kiek teisinė tvarka su

[15] Plg. p. 242.

juo (arba, formuluojant tiksliau, su ta aplinkybe, kad jis yra nustatytas laikantis teisinės procedūros) susieja prievartos aktą, t. y. tiek, kiek šį faktą teisinė tvarka traktuoja kaip prievartos akto sąlygą. Taigi šis prievartos aktas yra sankcija (reakcijos į deliktą atžvilgiu) ir dėl to skiriasi nuo kitų teisiškai nustatomų prievartos aktų tik tuo, kad jį sąlygojanti aplinkybė yra teisiškai nustatomas žmogaus elgesys, o prievartos aktus, kurie savo pobūdžiu nėra sankcijos, lemia kiti faktai[16]. Kai kuriuos pastarajai kategorijai priklausančius prievartos aktus galima interpretuoti kaip sankcijas, jeigu „sankcijos" samprata neapsiriboja tik reagavimu į tam tikrą žmogaus elgesį, kurio buvimas yra teisiškai nustatytas, bet aprėpia ir tokias situacijas, kur prievartos aktas yra reakcija į deliktą, tačiau į tokį deliktą, kai dar nėra teisiškai nustatyta, kad jį padarė būtent tas individas, nors šis individas gali būti įtariamas jo padarymu ir dėl to policijos sulaikomas, taip pat tokias situacijas, kai prievartos aktas – tai reakcija į deliktą, kuris dar nėra padarytas, tačiau numatomas kaip galimybė ateityje, kaip antai pavojingų psichopatų arba asmenų, kurių įsitikinimai, religija arba rasė yra nepriimtini, internavimas koncentracijos stovyklose, kad būtų užkirstas kelias jų socialiai nepageidaujamam elgesiui, į kurį, teisinio autoriteto pagrįstu arba nepagrįstu manymu, jie yra linkę. Be abejo, būtent tokiu motyvu yra grindžiami laisvės apribojimai, karo metu taikomi šalies teritorijoje gyvenantiems kitos kariaujančios šalies piliečiams. Jeigu „sankcijos" sąvoką išplečiame šia prasme, ji nustoja būti „delikto padarinio" atitikmeniu. Sankcija šia platesne prasme nebūtinai *lydi* deliktą.

Galiausiai sankcijos sąvoką galima išplėsti tiek, kad ji aprėptų visus teisinės tvarkos numatomus prievartos aktus, jeigu šis žodis reiškia vien tai, kad teisinė tvarka tokiais veiksmais reaguoja į socialiai nepageidaujamas aplinkybes ir šiuo būdu šias aplinkybes kvalifikuoja kaip nepageidaujamas. Tiesą sakant, tai yra bendras visų bet kurios teisinės tvarkos įgalinamų arba įsakomų prievartos aktų bruožas. Tad „sankcijos" sąvoką, suprantamą šia plačiausia teisinės bendruomenės jėgos monopolio prasme, galima formuluoti kaip alternatyvą: „Žmogaus prieš kitą žmogų vartojama jėga yra arba deliktas, arba sankcija".

Laisvės minimumas

Kaip sankcijas numatanti socialinė tvarka, teisė žmonių elgesį reguliuoja dvejopai: pozityviai, įsakydama šį elgesį ir šitaip drausdama priešingą elgesį, ir negatyviai, su tam tikru elgesiu nesiedama prievartos akto, tad ir nedrausdama tokio elgesio bei neįsakydama priešingo elgesio. Elgesys, kuris nėra teisiškai draudžiamas, yra teisiškai leidžiamas šia negatyvia prasme. Dėl to, kad žmonių elgesys yra arba draudžiamas, arba nedraudžiamas, ir dėl to, kad elgesys, jeigu jis nėra draudžiamas, laikytinas leidžiamu, bet kokį teisinei tvarkai priklausančio individo elgesį galima traktuoti kaip jos (pozityviai arba negatyviai) reguliuojamą. Kiek individo elgesys yra teisinės tvarkos leidžiamas negatyviąja prasme (t. y. nėra draudžiamas), tiek individas yra teisiškai laisvas.

[16] Plg. § 29f.

Laisvę, kurią teisinė tvarka palieka individui tik nedrausdama tam tikro elgesio, reikia skirti nuo laisvės, kurią toji tvarka šiam individui pozityviai garantuoja. Tai, kad tam tikras elgesys yra leidžiamas, nes nėra draudžiamas, nusako individo laisvę, o teisinė tvarka pastarąją garantuoja tik tiek, kiek šioji tvarka įsako kitiems individams šitokią laisvę gerbti; – šioji tvarka uždraudžia jiems kištis į nurodytąją laisvės sritį, t. y. ji uždraudžia elgesį, kliudantį individui daryti tai, kas nėra draudžiama ir šiuo atžvilgiu jam yra leidžiama. Tik tokiu atveju nedraudžiamą (negatyviąja prasme leidžiamą) elgesį galima traktuoti kaip grindžiamą teisės turėjimu, t. y. kaip tam tikros teisės, kurios atspindys yra ją atitinkanti pareiga, turinį[17].

Tačiau ne kiekvieną šiuo būdu leidžiamą (ta negatyviąja prasme, kad jis nėra draudžiamas) elgesį garantuoja priešingo kitų asmenų elgesio draudimas; ne kiekvieną leidžiamą vieno individo elgesį atitinka kito individo pareiga. Gali būti, kad individų elgesio teisinė tvarka nedraudžia (taigi šiuo atžvilgiu jį leidžia), bet teisinė tvarka nedraudžia ir priešingo kitų asmenų elgesio, taigi ji leidžia ir šį priešingą elgesį. Elgesys gali būti nedraudžiamas, pavyzdžiui, dėl to, kad jis nėra susijęs su kitais individais arba bent jau niekam nedaro žalos. Bet draudžiamas yra net ne kiekvienas elgesys, kuris *daro* žalą. Pavyzdžiui, namo savininkui gali būti nedraudžiama įrengti ventiliatorių toje sienoje, kuri yra tiesiog ant jo valdos ribos. O tuo pačiu metu gretimos valdos savininkui gali būti nedraudžiama statytis namo, kurio viena siena visiškai ribojasi su siena, kurioje įrengtas ventiliatorius, ir tai pavers niekais ventiliatoriaus veikimą. Šis pavyzdys rodo, jog vienai šaliai leidžiama kliudyti kitai šaliai daryti tai, kas jai leidžiama daryti, būtent – ventiliatoriumi pūsti orą į savo kambarius.

Jeigu elgesys, priešingas nedraudžiamam kito individo elgesiui, nėra draudžiamas, tai galima konkurencija, kurios sprendimo teisinė tvarka nenumato. Ne taip, kaip kitokios konkurencijos, šios konkurencijos teisinė tvarka nemėgina išvengti drausdama priešingą elgesį. Tiesą sakant, teisinė tvarka nė negali mėginti apskritai užkirsti kelią galimai konkurencijai. Visos šiuolaikinės teisinės tvarkos praktiškai draudžia tik vieną dalyką – jėga kliudyti kitam individui daryti tai, kas nėra draudžiama. Juk fizinės jėgos vartojimas – prievartos veiksmas – iš esmės draudžiamas, išskyrus atvejus, kai jis yra pozityviai leistas tam tikriems įgalintiems individams.

Teisinė tvarka, kaip bet kuri normatyvinė socialinė tvarka, gali reikalauti tik specifinių veiksmų arba neveikimo; todėl jokia teisinė tvarka negali apriboti individo laisvės visais jo išorinio ir vidinio elgesio aspektais, t. y. visų jo veiksmų, norų, minčių arba jausmų. Teisinė tvarka individo laisvę gali riboti daugiau ar mažiau, daugiau ar mažiau jam įsakydama arba drausdama. Bet visada lieka tam tikras laisvės minimumas, t. y. žmonių būties sritis, į kurią nesikišama įsakymais arba draudimais. Net kraštutinės totalitarinės tvarkos sąlygomis yra kažkas panašaus į neatimamą laisvę – ne kaip įgimta arba prigimtinė teisė, bet kaip techniškai ribotų galimybių pozityviai reguliuoti žmonių elgesį padarinys. Tačiau šią laisvės sritį galima laikyti teisiškai garantuota tik tiek, kiek teisinė tvar-

[17] Plg. p. 128.

ka draudžia į ją kištis. Šiuo požiūriu politiškai ypač svarbios yra konstituciškai garantuotos vadinamosios pilietinės laisvės. Jas įtvirtina konstitucijos nuostatos, ribojančios įstatymų leidėjų kompetenciją tiek, kiek jie nėra įgalinami (arba yra įgalinami tik išimtinėmis sąlygomis) išleisti normas, įsakančias arba draudžiančias tam tikrą elgesį, kaip antai praktikuoti tam tikrą religiją arba reikšti tam tikrus įsitikinimus[18].

c) Teisė kaip normatyvinė prievartinė tvarka; teisinė bendruomenė ir plėšikų gauja

Teisė, kaip prievartinė tvarka, kartais apibūdinama teiginiu, jog teisė tam tikrą elgesį įsako „grasindama" prievartos aktais, t. y. tam tikromis blogybėmis. Bet tokia formuluotė ignoruoja tą normatyvinę prasmę, kurią teisinė tvarka teikia prievartos aktams apskritai ir konkrečiai sankcijoms. Grasinimas reiškia, kad esant tam tikroms sąlygoms adresatui *bus* padaryta tam tikra blogybė; teisinė tvarka reiškia, kad esant tam tikroms sąlygoms tam tikra blogybė *privalo būti* padaryta arba, pasakykime bendriau, kad tam tikras prievartos aktas privalo būti įvykdytas esant tam tikroms sąlygoms. Tai yra ne tik subjektyvioji teisėkūros aktų prasmė, bet ir objektyvioji jų prasmė. Tik dėl to, kad ši normatyvinė prasmė yra objektyvioji tokių aktų prasmė, pastarieji yra teisės nustatymo, normų kūrimo arba normų realizavimo aktai. Pakelės plėšiko veiksmas, kuriuo grasinant kam nors įsakoma atiduoti pinigus, taip pat turi subjektyviąją „privalėjimo" prasmę. Jeigu tokio įsakymo sukurta situacija apibūdinama sakant, jog vienas individas pareiškia valią kito individo elgesio atžvilgiu, tai šitaip tik konstatuojamas pirmojo individo veiksmas kaip iš tikrųjų vykstantis įvykis. Tačiau antrojo individo elgesio, į kurį yra nukreiptas šis veiksmas, negalima apibūdinti kaip kažko, kas iš tikrųjų vyksta, nes jis dar nesielgė ir apskritai gali nesielgti taip, kaip norėjo pirmasis. Jį galima apibūdinti tik kaip kažką, kas pagal subjektyviąją įsakymo prasmę privalo įvykti.

Taip reikia apibūdinti kiekvieną situaciją, kai vienas individas pareiškia savo valią kito individo elgesio atžvilgiu. Šiuo požiūriu (būtent kai turima galvoje tik subjektyvioji veiksmų prasmė) plėšiko įsakymo apibūdinimas nesiskiria nuo teisinio organo įsakymo apibūdinimo. Skirtumas išryškėja tik tada, kai apibūdinama objektyvioji tokio įsakymo (įsakymo, kurį vienas individas adresuoja kitam) prasmė. Tada objektyvią normos, susaistančios individą, kuriam ji adresuojama, prasmę priskiriame tik teisinio organo, bet ne plėšiko įsakymui. Kitaip tariant, kaip objektyviai galiojančią normą traktuojame pirmąjį, bet ne antrąjį įsakymą; tad pirmuoju atveju įsakymo nevykdymo sąsają su prievartos aktu interpretuojame kaip „grasinimą" (t. y. kaip teiginį, kad blogybė *bus* padaryta), o antruoju atveju šią sąsają interpretuojame kaip reiškiančią, kad blogybė *privalo* būti padaryta. Tokiu būdu faktiškai daromą blogybę antrojoje situacijoje interpretuojame kaip objektyviai galiojančios normos, numatančios prievartos aktą kaip sankciją, taikymą arba realizavimą, o pirmojoje situacijoje (jeigu ją interpretuojame normatyviai) – kaip nusikaltimą.

[18] Plg. § 29f.

Bet kodėl tik vieno, o ne kito akto subjektyviąją prasmę interpretuojame kaip objektyviąją? Kodėl tariame, kad iš šių dviejų aktų, kurie abu turi subjektyviąją „privalėjimo“ prasmę, tik vienas įtvirtina galiojančią, t. y. saistančią, normą? Kitaip tariant, kas yra normos, kurią laikome objektyviąja šio akto prasme, galiojimo pagrindas? Tai yra svarbiausias klausimas.

Atsakymą į šį klausimą gauname analizuodami tuos sprendimus, kuriais aktai interpretuojami kaip teisėti (t. y. kaip aktai, kurių objektyvioji prasmė yra norma). Tokia analizė atskleidžia *prezumpciją*, darančią šitokią interpretaciją galimą.

Pradėkime nuo tokios jau minėtos situacijos, kai vienas individas nužudo kitą, interpretacijos, pagal kurią tai yra ne nužudymas, bet mirties bausmės įvykdymas. Mūsų interpretacija grindžiama pripažinimu, kad nužudymo aktas – tai teismo nuosprendžio, įsakančio nužudymą kaip bausmę, įvykdymas. O tai reiškia, kad teismo aktui mes priskiriame objektyviąją individualiosios normos prasmę, taigi jį priimančius individus interpretuojame kaip teismą. Mes taip darome todėl, kad teismo aktą pripažįstame įstatymo (t. y. bendrų normų, numatančių prievartos aktus) vykdymu, o patį įstatymą suvokiame ne vien kaip subjektyviąją, bet ir kaip objektyviąją prasmę akto, išleisto tam tikrų individų, kuriuos kaip tik dėl to ir laikome įstatymų leidėjais. O įstatymų leidybos aktą laikome konstitucijos, t. y. bendrųjų normų, kurios savo subjektyviąja prasme įgalina šiuos individus nustatyti bendrąsias normas, numatančias prievartos aktus, vykdymu. Taigi šiuos individus interpretuojame kaip įstatymų leidybos organus. Įstatymų leidybos organą įgalinančias normas traktuodami ne tik kaip subjektyviąją, bet ir kaip objektyviąją tam tikrų individų atliekamų aktų prasmę, šias normas interpretuojame kaip „konstituciją“. Istoriškai pirmosios konstitucijos atžvilgiu tokia interpretacija galima tik tuo atveju, jeigu *preziumuojame*, kad privalu elgtis pagal subjektyviąją šio akto prasmę, kad prievartos aktus privalu atlikti tik tomis sąlygomis ir tik tokiais būdais, kuriuos nustato konstitucija; kitaip tariant, jeigu preziumuojame normą, pagal kurią: a) aktas, kurio prasmė interpretuojama kaip „konstitucija“, laikytinas nustatančiu objektyviai galiojančias normas; b) individai, išleidžiantys tokį aktą, laikytini konstituciniu autoritetu. Kaip bus parodyta toliau[19], ši norma – tai pamatinė nacionalinės teisinės tvarkos norma. Ji nėra nustatoma pozityviosios teisės aktu, bet yra preziumuojama, *jeigu* a sąlygoje paminėtas aktas yra interpretuojamas kaip sukuriantis konstituciją, o konstitucijomis grindžiami aktai interpretuojami kaip teisės aktai. Atskleisti šią prezumpciją yra esminė teisės mokslo užduotis. Ši prezumpcija – tai teisinės tvarkos galiojimo pagrindų pagrindas (tačiau savo pobūdžiu sąlygiškas ir dėl to hipotetinis).

Formuluodami šias tezes kol kas kalbame tik apie nacionalinę teisinę tvarką, t. y. apie tokią teisinę tvarką, kurios galiojimo teritorinė sritis apsiriboja valstybės teritorija. Tarptautinės teisės, kurios galiojimo teritorinė sritis nėra šiuo būdu apribota, galiojimo pagrindai bei tarptautinės teisinės tvarkos santykis su nacionalinėmis teisinėmis tvarkomis kol kas nėra mūsų aptarimo dalykas[20].

[19] Plg. § 34.
[20] Plg. § 34h–j ir 43 d.

Jau buvo pažymėta, kad nors normos galiojimo (reiškiančio, kad privalu elgtis taip, kaip normos nustatyta) negalima painioti su normos efektyvumu (reiškiančiu, kad iš tikrųjų taip ir elgiamasi), tarp šių dviejų sąvokų gali būti esminis ryšys: būtent – prievartinė tvarka, pateikdama save kaip teisę, yra laikoma galiojančia tik tuo atveju, kai ji yra daugiau ar mažiau efektyvi. O tai reiškia, kad pamatinė norma, kuria grindžiamas teisinės tvarkos galiojimas, sietina tik su tokia konstitucija, kuria grindžiama efektyvi prievartinė tvarka. Tik kai faktinis individų elgesys daugiau ar mažiau atitinka į tą elgesį nukreiptų aktų subjektyviąją prasmę (kitaip tariant, jeigu ši subjektyvioji prasmė pripažįstama objektyviąja prasme), tik tokiu atveju tam tikri aktai yra interpretuojami kaip teisės aktai.

Dabar jau esame pasirengę atsakyti į klausimą, kodėl plėšiko įsakymui, duodamam grasinant mirtimi, nesuteikiame objektyviai galiojančios normos, saistančios auką, kuriai šis įsakymas adresuojamas, prasmės, kodėl šio akto neinterpretuojame kaip teisės akto, kodėl tokio grasinimo įgyvendinimą laikome nusikaltimu, o ne sankcijos įvykdymu.

Izoliuoto atskiro individo akto negalima laikyti teisės aktu ir jo prasmės negalima laikyti teisės norma, nes, kaip jau buvo sakyta, teisė – tai ne atskira norma, bet normų sistema, o atskirą normą galima laikyti teisės norma tik kaip tokios sistemos dalį. Tačiau ką pasakytume apie situaciją, kai organizuota gauja sistemingai terorizuoja tam tikrą teritoriją, grasinimais versdama ten gyvenančius žmones atiduoti savo pinigus? Tokioje situacijoje tvarką, reguliuojančią šios plėšikų gaujos narių tarpusavio santykius, turime skirti nuo išorinės tvarkos, t. y. nuo įsakymų, kuriuos gaujos nariai adresuoja pašaliečiams grasindami jiems blogybėmis. Juk tokia grupė kaip *plėšikų* gauja elgiasi tik su pašaliečiais. Jeigu plėšikauti ir žudyti nebūtų draudžiama plėšikų tarpusavio santykiuose, tai negalėtų būti jokios bendruomenės, jokios plėšikų *gaujos*. Vis dėlto vidinė gaujos tvarka gali konkuruoti su ta prievartine tvarka, kuri laikoma teisine tvarka ir galioja toje pačioje teritorijoje, kurioje veikia gauja. Kodėl gi prievartinė tvarka, konstituojanti plėšikų gaujos bendruomenę bei aprėpianti ir vidaus, ir išorinę tvarką, nėra interpretuojama kaip teisinė tvarka? Kodėl subjektyvioji šios prievartinės tvarkos prasmė (kad pagal ją elgtis privalu) nėra interpretuojama kaip objektyvioji jos prasmė? Ogi todėl, kad čia nėra preziumuojama jokia pamatinė norma, pagal kurią šiai tvarkai paklusti privalu. Bet kodėl tokia pamatinė norma čia nėra preziumuojama? Todėl, kad šiai tvarkai nėra būdingas tas ilgalaikis efektyvumas, be kurio nėra preziumuojama jokia pamatinė norma. Plėšikų prievartinė tvarka tuo efektyvumu nepasižymi, jeigu teisinės tvarkos normų galiojimo teritorinėje srityje, kurioje veikia plėšikų gauja, plėšikų veiklą šios normos faktiškai traktuoja kaip neteisėtą elgesį, jeigu prievartos aktais, interpretuojamais kaip įkalinimas arba mirties bausmė, iš gaujos narių atimama laisvė arba gyvybė ir jeigu dėl to gaujos veikla nutrūksta, – žodžiu, jeigu teisine tvarka laikoma prievartinė tvarka yra efektyvesnė už gaują konstituojančią prievartinę tvarką.

Jeigu tokios prievartinės tvarkos galiojimas apsiriboja tam tikra teritorija ir jeigu ji yra efektyvi toje teritorijoje tuo atžvilgiu, kad bet kurios kitos šios rūšies prievartinės tvarkos galiojimas yra atmetamas, tada šią prievartinę tvarką išties galima laikyti teisine

tvarka, o jos konstituojamą bendruomenę galima laikyti „valstybe", net jeigu jos išorinė veikla būtų neteisėta pozityviosios tarptautinės teisės požiūriu. Antai nuo XVI a. iki XIX a. pradžios Afrikos šiaurės vakarų pakrantėje gyvavo vadinamosios piratinės valstybės (Alžyras, Tunisas, Tripolis), kurių laivai piratavo Viduržemio jūroje. Šios bendruomenės buvo „piratinės" tik tuo atžvilgiu, kad pažeisdamos tarptautinę teisę vartojo jėgą prieš kitų valstybių laivus. Tačiau jų vidaus tvarka, reikia manyti, draudė vartoti jėgą vieniems prieš kitus ir šio draudimo apskritai buvo laikomasi, tad buvo ir kolektyvinio saugumo minimumas – santykiškai tvarios bendruomenės, kurią konstituoja normatyvinė tvarka, būties sąlyga.

Kaip jau sakėme, kolektyvinis saugumas, arba taika, yra toji funkcija, kurią įvairiu mastu vykdo „teise" vadinamos prievartinės tvarkos, pasiekusios tam tikrą raidos lygį. Ši funkcija yra objektyviai nustatomas faktas. Mokslinis teiginys, kad teisinė tvarka pacifikuoja visuomenę, nėra vertybinis sprendimas. Konkrečiai – šis teiginys nereiškia, kad teisingumo įgyvendinimas yra būtinasis teisės bruožas; tad šios vertės negalima įtraukti į pačią teisės sąvoką ir dėl to ji negali būti kriterijumi teisinę bendruomenę skiriant nuo plėšikų gaujos. Tačiau būtent šį skirtumą nubrėžia šv. Augustinas, kuris savajame *Civitas Dei* rašo: „Pašalinkite teisingumą, ir kas liks iš karalysčių, jei ne plėšikų gaujos? Nes kas yra plėšikų gaujos, jei ne mažos karalystės?"[21] Valstybės, kurią Augustinas suvokia kaip teisinę bendruomenę, negali būti be teisingumo. „Kur nėra tikro teisingumo, ten negali būti teisės. Nes tai, ką daro teisingumas, daro ir teisė, o kas daroma neteisingai, tas daroma ir neteisėtai." Bet kas yra teisingumas? „Teisingumas yra toji dorybė, kai kiekvienam atiduodama tai, kas jam priklauso. Tad koks teisingumas gali būti ten, kur žmogus atitraukiamas nuo tikrojo Dievo ir įduodamas šėtonui? Ar taip žmogui atiduodama kas jam priklauso? Argi tas, kuris atima tavo turtus ir juos atiduoda kitam, neturinčiam į juos teisės, nežeidžia teisingumo – kaip ir tas, kuris pasitraukia nuo savo Viešpaties Dievo, nueidamas tarnauti šėtonui?"[22]

Pagal šią argumentaciją teisė yra teisinga prievartinė tvarka, kurią nuo plėšikų prievartinės tvarkos skiria jos turinio teisingumas.

Kad teisingumas negali būti teisės skyrimo nuo kitų prievartinių tvarkų kriterijus, išplaukia iš vertybinio sprendimo, jog socialinė tvarka yra teisinga, santykinumo. Šv. Augustinas „teisinga" laiko tik tokią tvarką, kuri kiekvienam seikėja, kas jam priklauso, ir taiko šią tuščią formulę teigdamas, kad tvarka yra teisinga, jeigu ji tikrajam Dievui – jam tai yra judėjų-krikščionių Dievas, ne romėnų dievai – atiduoda, kas jam priklauso, būtent garbinimą, pasireiškiantį tam tikru kultu. Tad, pasak Augustino, šio postulato neatitinkanti tvarka negali būti teisė, o tokia tvarka grindžiama bendruomenė negali būti valstybė, tik plėšikų gauja. Vadinasi, romėnų teisė nepripažįstama teise. Jeigu normatyvinės tvarkos pripažinimo „teise" kriterijumi laikomas teisingumas, tai kapitalistinė Vakarų

[21] Šv. Augustinas, *Civitas Dei*, I t., IV kn., 4 sk.
[22] *Ibid.*, II t., XIX kn., 21 sk.

prievartinė tvarka nėra teisė komunistinio teisingumo idealo požiūriu, kaip kapitalistinio teisingumo idealo požiūriu nėra teisė ir komunistinė Sovietų Sąjungos prievartinė tvarka. Tokias išvadas implikuojanti teisės samprata pozityvistiniam teisės mokslui yra nepriimtina. Teisinę tvarką galima smerkti kaip neteisingą tam tikros teisingumo normos požiūriu. Tačiau vien ta aplinkybė, kad tam tikros efektyvios prievartinės tvarkos turinys gali būti laikomas neteisingu, neduoda jokio pagrindo nepripažinti šios prievartinės tvarkos teisine tvarka. XVIII a. laimėjus Prancūzijos revoliucijai, o XX a. – Rusijos revoliucijai, kitos valstybės aiškiai buvo nusiteikusios šių revoliucijų įvestų prievartinių tvarkų neinterpretuoti kaip teisinių, o revoliucinių vyriausybių aktų – kaip teisės aktų, nes pirmoji vyriausybė pažeidė monarchinį legitimumo principą, o antroji panaikino privačią gamybos priemonių nuosavybę. Dėl šios priežasties net Amerikos teismai atsisakydavo pripažinti rusų revoliucinės vyriausybės aktus teisės aktais – teismai skelbė juos esant ne valstybės, bet plėšikų gaujos aktais. Tačiau kai tik revoliucijų pagimdytosios prievartinės tvarkos pasirodė esančios efektyvios, jos buvo pripažintos teisinėmis tvarkomis, vyriausybės – valstybių vyriausybėmis, o jų aktai – valstybės aktais, t. y. teisės aktais.

d) Teisinės pareigos be sankcijų?

Jeigu teisė suvokiama kaip prievartinė tvarka, tai formulė, išreiškianti nacionalinės teisinės tvarkos pamatinę normą, skamba taip: „Žmogaus prievartą prieš žmogų galima vykdyti tik tokiu būdu ir tik tokiomis sąlygomis, kurias nustato istoriškai pirmoji konstitucija“. Pamatinė norma pirmajai konstitucijai deleguoja procedūros, pagal kurią turi būti kuriamos prievartos aktus numatančios normos, nustatymą. Kad normą būtų galima objektyviai interpretuoti kaip teisės normą, ji turi būti pagal šią procedūrą atliekamo akto subjektyvioji prasmė, taigi turi atitikti pamatinę normą; be to, norma turi numatyti prievartos aktą arba būti iš esmės susijusi su tokia norma. Kartu su pamatine norma yra preziumuojama ir tai, kad teisė apibrėžiama kaip prievartinė tvarka[23]. Iš teisės, kaip prievartinės tvarkos, apibrėžimo išplaukia, kad elgesį galima laikyti teisiškai įsakytu (t. y. teisinės pareigos turiniu) tik tuo atveju, kai priešingas elgesys yra padaromas prievartos akto, nukreipto į taip besielgiantį individą, taikymo sąlyga. Tačiau reikia pažymėti, kad pats prievartos aktas nebūtinai turi būti šiuo atžvilgiu įsakytas: jo įsakymas ir vykdymas gali būti tik įgalinamas.

Teisės, kaip prievartinės tvarkos, apibrėžimui, t. y. prievartos elemento įtraukimui į teisės sampratą, prieštaraujama, esą (1) teisinės tvarkos iš tikrųjų apima ir prievartos aktų nenumatančias normas – normas, leidžiančias arba įgalinančias tam tikrą elgesį, taip pat normas, įsakančias tam tikrą elgesį, tačiau priešingo elgesio nesusiejančias su prievartos aktais, ir (2) prievartos aktus numatančių normų netaikymas dažnai nėra prievartos aktų, kaip sankcijų, sąlyga.

[23] Bet pamatinė norma nėra tapati šiam apibrėžimui. Būdama norma, pamatinė norma nėra sąvoka.

Antrasis prieštaravimas nėra pagrįstas, nes teisės, kaip prievartinės tvarkos, apibrėžimą galima išlaikyti net tuo atveju, kai prievartos aktą numatanti norma pati nėra iš esmės susieta su norma, kuri prievartos akto neįvykdymą (konkrečiu atveju) susieja su sankcija, kitaip tariant, jeigu bendrosios normos numatomą prievartos aktą reikia objektyviai interpretuoti ne kaip įsakytą, o tik kaip įgalintą arba pozityviai leistą (nors akto, kuriuo bendroji norma numato prievartos aktą, subjektyvioji prasmė yra įsakymas). O dėl pirmojo prieštaravimo, tai teisės, kaip prievartinės tvarkos, apibrėžimą galima išlaikyti net normų, įgalinančių tokį elgesį, kuris savo pobūdžiu nėra prievartos aktas, atžvilgiu arba normų, pozityviai leidžiančių tokį elgesį tiek, kiek jos yra *priklausomos* normos (nes jos yra iš esmės susijusios su prievartos aktus numatančiomis normomis), atžvilgiu. Tipiškas normų, pateikiamų kaip argumentai prieš prievartos įtraukimą į teisės apibrėžimą, pavyzdys – konstitucinės teisės normos. Tvirtinama, kad konstitucijos normos, reguliuojančios įstatymų leidybos procedūrą, nenumato sankcijų kaip reakcijos į jų nesilaikymą. Tačiau atidesnė analizė parodo, jog tai yra priklausomos normos, nustatančios tik vieną iš sąlygų, kurioms esant turi būti įsakomi ir vykdomi kitų normų numatomi prievartos aktai[24]. Konstitucinės normos įstatymų leidėją įgalina kurti normas – jos neįsako jų kurti; todėl sankcijų klausimas čia apskritai neiškyla. Nesilaikant konstitucijos nuostatų, galiojančios teisės normos neatsiranda, o šiuo būdu sukurtos normos yra niekinės arba nuginčijamos. O tai reiškia, kad antikonstituciniu būdu, taigi nesilaikant pamatinės normos, sukurtų aktų subjektyvioji prasmė nėra interpretuojama kaip jų objektyvioji prasmė arba tokia laikina interpretacija yra pripažįstama negaliojančia[25].

Iš, kaip teigia tradicinis teisės mokslas, teisines pareigas nustatančių, bet sankcijų nenumatančių normų svarbiausios yra vadinamosios prigimtinės prievolės (*natural obligation*). Prigimtinės prievolės – tai tokios prievolės, kurių įvykdymo negalima ieškinio tvarka išreikalauti teisme, bet kurių nevykdymas nėra civilinio išieškojimo sąlyga. Vis dėlto čia kalbama apie teisinę pareigą, kadangi to, ką vienas individas, vykdydamas vadinamąją prigimtinę prievolę, perdavė kitam, negalima atgauti, nes tai nėra nepagrįstas praturtėjimas. O tai reiškia tik vieną dalyką – jog galioja bendroji norma, numatanti, kad: 1) jeigu naudos gavėjas, kurio atžvilgiu atliktas toks veiksmas, kokio šio veiksmo atlikėjas teisiškai neprivalėjo atlikti, prieštarauja restitucijai, į naudos gavėjo turtą civilinį išieškojimą nukreipti privalu; 2) šios prievartą numatančios normos galiojimas apribojamas teisinės tvarkos nustatytais atvejais. Tad šią situaciją galima apibūdinti kaip sankciją numatančios normos galiojimo apribojimą; nebūtina daryti prielaidą, jog esama normų be sankcijų.

Žinoma, įstatymų leidėjas, laikydamasis pamatinę normą atitinkančios procedūros, gali išleisti aktą, kurio subjektyvioji prasmė yra elgesį įsakanti norma, bet (1) neišleisti akto, kurio subjektyvioji prasmė yra norma, numatanti sankciją kaip reakciją į priešingą elgesį, ir (2) nepalikti galimybės šią situaciją apibūdinti kaip „sankciją numatančios

[24] Plg. § 6e.
[25] Plg. § 35j.

normos galiojimo apribojimą". Tokiu atveju subjektyviosios nurodytojo akto prasmės negalima interpretuoti kaip jo objektyviosios prasmės; normos, kuri yra akto subjektyvioji prasmė, negalima interpretuoti kaip teisės normos, bet ji laikytina teisiškai nerelevantiška.

Yra ir kitų priežasčių, dėl kurių akto, išleisto vadovaujantis pamatine norma, subjektyviąją prasmę galima laikyti teisiškai nerelevantiška, būtent jeigu subjektyvioji tokio akto prasmė nėra norma, įsakanti, leidžianti arba įgalinanti tam tikrą žmonių elgesį. Įstatymo, išleisto griežtai laikantis konstitucijos, turinys gali būti ne norma, o religinės arba politinės teorijos išraiška, pavyzdžiui, pareiškimas, kad šis įstatymas kyla iš Dievo arba kad įstatymas yra teisingas, arba kad įstatymas įgyvendina visų gyventojų interesus. Arba kitas pavyzdys: įstatymo, išleisto laikantis konstitucijos, forma valstybės vadovui gali būti perduodami tautos sveikinimai jo atėjimo į valdžią jubiliejaus proga; tokia forma šiam reikalui gali būti panaudota vien tam, kad sveikinimai būtų ypač didingi. Galiausiai, kadangi aktai, leidžiami laikantis konstitucijos, yra reiškiami žodžiais, tie aktai gali turėti bet kokią prasmę – ne tik normų prasmę. Jeigu teisė apskritai apibrėžiama kaip norma, teisės mokslas negali visiškai atmesti minties, kad galimas ir teisiškai nerelevantiškas turinys.

Kadangi teisė reguliuoja savo pačios kūrimo procedūrą, šią teisiškai reguliuojamą procedūrą kaip *teisinę formą* galima skirti nuo šios procedūros nustatomo *teisinio turinio* bei teigti esant teisiškai nerelevantišką turinį. Tradiciniame teisės moksle šią idėją iš dalies išreiškia skirtumas tarp teisės formaliąja prasme ir teisės materialiąja prasme. Šiuo skirtumu pripažįstama, kad įstatymų forma yra išleidžiamos ne tik bendrosios elgesį reguliuojančios normos, bet ir administraciniai sprendimai, kaip antai asmens natūralizacija, valstybės biudžeto tvirtinimas arba teismo sprendimai (tam tikrais atvejais, kai įstatymų leidėjas veikia kaip teisėjas). Bet teisingiau būtų kalbėti apie teisės formą ir teisės turinį, o ne apie teisę formaliąja ir materialiąja prasme. Tačiau šiuo požiūriu žodžiai „teisinė forma" ir „teisinis turinys" yra netikslūs ir net klaidinantys; kad aktą būtų galima interpretuoti kaip teisės aktą, jis ne tik turi būti išleistas laikantis tam tikros procedūros, bet ir turėti tam tikrą subjektyviąją prasmę. Ši prasmė priklauso nuo teisės apibrėžimo, kuris yra preziumuojamas kartu su pamatine norma. Jeigu teisė apibrėžiama ne kaip prievartinė tvarka, o tik kaip tvarka, nustatyta vadovaujantis pamatine norma (ir – atitinkamai – jeigu pamatinę normą išreiškia formulė „privalu elgtis taip, kaip reikalauja istoriškai pirmoji konstitucija"), tada galėtų būti ir teisės normų be sankcijų, t. y. teisės normų, tam tikromis sąlygomis reikalaujančių tam tikro žmonių elgesio, kai nėra kitos normos, kuri numatytų sankciją už jos nepaisymą. Tokiu atveju akto, išleisto laikantis pamatinės normos, subjektyvioji prasmė (jeigu ši prasmė nėra norma ir neturi ryšio su norma) būtų teisiškai nerelevantiška. Tada konstitucijos numatyto įstatymų leidėjo nustatyta norma, kuri įsako tam tikrą elgesį, bet su jos nepaisymu nesieja prievartos akto, nuo moralės normos galėtų skirtis tik savo kilme, o papročiu sukurtos teisės normos visiškai nebūtų galima atskirti nuo papročiu sukurtos moralės normos.

Jeigu konstitucija yra nustačiusi, kad paprotys yra teisėkūros faktas, tai visos moralės normos, kurias sukuria paprotys, yra teisinės tvarkos dalis.

Vadinasi, reikia atmesti teisės apibrėžimą, kuriuo teisė nėra apibūdinama kaip prievartinė tvarka (1) dėl to, kad tik į teisės apibrėžimą įtraukus prievartos elementą teisę galima aiškiai atskirti nuo bet kurios kitos socialinės tvarkos; (2) dėl to, kad prievartos veiksnys turi didelę reikšmę visuomeninių santykių pažinimui ir yra ypač būdingas toms socialinėms tvarkoms, kurios vadinamos „teise"; ir (3) ypač dėl to, kad apibrėžiant teisę kaip prievartinę tvarką yra atsižvelgiama į čia esantį teisės (šiuolaikinės valstybės teisės) pažinimui patį svarbiausią ryšį – ryšį tarp teisės ir valstybės. Šiuolaikinė valstybė iš esmės yra prievartinė tvarka – centralizuota prievartinė tvarka, kurios galiojimas ribojamas tam tikros teritorijos[26].

Normos, kurios yra subjektyvioji įstatymų leidybos aktų prasmė ir kurios tam tikrą elgesį įsako taip, kad priešingas elgesys nėra sankcijos sąlyga, šiuolaikinėse teisinėse tvarkose yra tikra retenybė. Jeigu teise vadinamose socialinėse tvarkose *būtų* daug normų be sankcijų, teisės, kaip prievartinės tvarkos, apibrėžimą būtų galima kvestionuoti; o jeigu iš esamų teise vadinamų socialinių tvarkų išnyktų prievartos elementas (kaip tai prognozavo Marxo socializmas), šių socialinių tvarkų pobūdis išties iš esmės pasikeistų. Tada jos – pasiūlytojo teisės apibrėžimo požiūriu – prarastų teisės pobūdį, o jų konstituojamos socialinės tvarkos prarastų savo, kaip valstybių, pobūdį. Kalbant Marxo terminais, valstybė, o kartu su valstybe ir teisė, nunyktų.

e) Priklausomos teisės normos

Jau buvo pažymėta, kad jeigu viena norma įsako tam tikrą elgesį, o kita norma numato sankciją kaip reakciją į nepaklusimą, tai abi šios normos tarp savęs yra susijusios. Tai ypač akivaizdu, kai socialinė tvarka, kaip antai teisinė tvarka, tam tikrą elgesį įsako, su juo konkrečiai siedama prievartos aktą kaip sankciją už priešingą elgesį. Todėl pagal tokią tvarką elgesį galima laikyti įsakytu – o teisinės tvarkos atveju teisiškai įsakytu – tik tiek, kiek priešingas elgesys yra sankcijos sąlyga. Jeigu teisiniame įsakyme, kaip antai parlamento išleistame įstatyme, esama vienos normos, kuri nustato tam tikrą elgesį, ir kitos normos, kuri pirmosios normos nepaisymą susieja su sankcija, tai pirmoji norma nėra nepriklausoma norma, bet ji yra iš esmės susijusi su antrąja; pirmoji norma paprasčiausiai apibrėžia (negatyviai) sąlygą, kuriai esant antroji nustato sankciją; o jeigu antroji pozityviai apibrėžia sąlygą, kuriai esant ji numato sankciją, tai pirmoji norma yra perteklinė įstatymų leidybos technikos požiūriu. Pavyzdžiui, jeigu civiliniame kodekse yra norma, kad skolininkas privalo grąžinti kreditoriui gautą paskolą, taip pat kita norma, kad, skolininkui negrąžinus paskolos, į jo turtą privalu nukreipti civilinį išieškojimą, tai viską, ką nustato pirmoji norma, kaip sąlygą apima antroji. Šiuolaikiniuose baudžiamuosiuose kodeksuose paprastai nėra normų, kurios, kaip dešimt Dievo įsakymų, draustų nužudy-

[26] Plg. § 41a.

mą, svetimavimą ir kitus nusikaltimus; juose apsiribojama tuo, kad tam tikras elgesys susiejamas su baudžiamosiomis sankcijomis. Tai aiškiai rodo, kad jeigu galioja norma „Kas nužudo, privalo būti nubaustas“, norma „Nežudyk!“ yra perteklinė; be to, tai rodo, kad teisinė tvarka išties draudžia tam tikrą elgesį, jį susiedama su sankcija, arba kad ji tam tikrą elgesį įsako, su sankcija susiedama priešingą elgesį.

Priklausomos yra ir tos teisės normos, kurios pozityviai leidžia tam tikrą elgesį. Juk jos, kaip buvo parodyta anksčiau, tik apriboja tokios teisės normos, kuri šį elgesį draudžia, nes sankciją susieja su priešingu elgesiu, galiojimo sritį. Jau buvo minėtas savigynos pavyzdys. Kitą pavyzdį randame Jungtinių Tautų chartijoje. 2 straipsnio 4 dalis draudžia nariams vartoti jėgą: su jėgos pavartojimu chartija susieja sankcijas, numatytas 39 straipsnyje. Bet 51 straipsnyje chartija apriboja bendrą 2 straipsnio 4 dalyje nustatytą draudimą ir leidžia pavartoti jėgą individualiai arba kolektyvinei savigynai. Nurodytieji straipsniai yra vieninga visuma. Juos visus sujungusi į vieną straipsnį, kuris draustų visiems nariams vartoti jėgą, jeigu savo pobūdžiu tai nėra individuali arba kolektyvinė savigyna, chartija galėjo sankcijos sąlyga padaryti šitokiu būdu apribotą jėgos vartojimą. Ir dar vienas pavyzdys: norma draudžia alkoholinių gėrimų pardavimą, t. y. nustato, kad už tai yra baudžiama; bet šį draudimą apriboja kita norma, pagal kurią tų gėrimų pardavimas gavus licenciją nėra draudžiamas; vadinasi, už tokį pardavimą nėra baudžiama.

Antroji norma, apribojanti pirmosios galiojimo sritį, yra priklausoma norma; ji turi prasmę tik kartu su pirmąja; jos abi sudaro vieningą visumą. Jų turinį gali išreikšti viena norma: „Jeigu kas nors parduoda alkoholinius gėrimus neturėdamas valstybės licencijos, tai jį privalu bausti.“ Vien negatyvaus leidimo, t. y. to, kad teisinė tvarka tam tikro elgesio nedraudžia, funkcijos čia nereikia nė svarstyti, nes negatyvaus leidimo neužtikrina pozityvioji norma.

Teisės norma gali ne tik apriboti kitos normos galiojimo sritį, bet ir visiškai panaikinti jos galiojimą. Šios naikinančios normos taip pat yra priklausomos, turinčios prasmę tik kartu su kitomis, sankcijas numatančiomis, normomis. Toliau lygiai taip pat priklausomos yra ir tam tikrą elgesį įgalinančios normos, jeigu „įgalinimą“ suprantame kaip teisinės galios, t. y. galios kurti teisės normas, suteikimą individui. Šios įgalinančios normos apibrėžia tik vieną iš sąlygų, kurioms esant yra numatytas (nepriklausomoje normoje) prievartos aktas. Tai normos, įgalinančios kurti bendrąsias normas: 1) konstitucijos normos, reguliuojančios įstatymų leidybą arba institucionalizuojančios paprotį kaip teisėkūros faktą; 2) normos, reguliuojančios teismo bei administracines procedūras, pagal kurias, kurdami individualiąsias normas, įstatymu arba papročiu sukurtas bendrąsias normas taiko įgalinti organai – teismai bei administracijos pareigūnai.

Štai pavyzdys. Tarkime, kad valstybės teisinė tvarka draudžia vagystę, įstatyme ją susiedama su įkalinimo bausme. Bausmės sąlyga nėra vien faktas, kad žmogus apsivogė. Vagystę turi nustatyti teisinės tvarkos įgalintas teismas, laikydamasis procedūros, kurią apibrėžia tos teisinės tvarkos normos; teismas turi paskelbti bausmę, nustatytą įstatymu arba papročiu; o įvykdyti šią bausmę turi kitas organas. Teismas yra įgalinamas, veik-

damas pagal tam tikrą procedūrą, paskirti vagiui bausmę tik tuo atveju, kai laikantis konstitucijoje numatytos procedūros yra sukurta bendroji norma, su vagyste susiejanti tam tikrą bausmę. Konstitucijos norma, įgalinanti kurti šią bendrąją normą, nustato vieną iš sąlygų, su kuria susiejama sankcija. Šią situaciją apibūdinanti teisės taisyklė skelbia: „Jeigu individai, įgalinti leisti įstatymus, išleido bendrą normą, pagal kurią vagis turi būti tam tikru būdu baudžiamas; jeigu baudžiamojo proceso kodekso įgalintas teismas, veikdamas pagal šio kodekso procedūrą, nustatė, kad individas įvykdė vagystę; ir jeigu tas teismas paskyrė teisiškai apibrėžtą bausmę; tada tam tikras organas privalo tą bausmę įvykdyti." Taip formuluojant teisę apibūdinančią teisės taisyklę matyti, jog konstitucijos normos, reguliuojančios įstatymų leidybos organizavimą bei procedūrą ir tokiu būdu įgalinančios kurti bendrąsias normas, taip pat baudžiamojo proceso kodekso normos, reguliuojančios baudžiamųjų teismų organizaciją bei procedūrą ir tokiu būdu įgalinančios teismo sprendimais kurti individualiąsias normas, yra priklausomos normos; jos tik nustato sąlygas, kurioms esant turi būti vykdomos baudžiamosios sankcijos. Šiuo būdu yra sąlygojamas visų teisinės tvarkos numatomų prievartos aktų vykdymas, įskaitant ir diktuojamus administracinės procedūros, ir tuos, kurie savo pobūdžiu nėra sankcijos. Bendrųjų normų, kurias turės taikyti teismai bei administracinės žinybos, sukūrimas vadovaujantis konstitucija, bei individualiųjų normų, kuriomis remdamiesi šie organai turi taikyti bendrąsias normas, sukūrimas yra prievartos akto vykdymo sąlygos lygiai taip pat, kaip ir delikto fakto nustatymas arba kitos aplinkybės, kurias teisės normos yra nustačiusios kaip sankcijomis nesančių prievartos aktų sąlygas. Tačiau bendroji norma, kuri numato prievartos aktą esant visoms šioms sąlygoms, yra nepriklausoma teisės norma – net jeigu prievartos aktas nėra įsakomas, nes jo nevykdymas nėra dar kito prievartos akto sąlyga. Jeigu sakome, kad šiuo atveju įgalinamas prievartos aktas, tai žodį „įgalinamas" vartojame platesne prasme. Tokiu atveju jis reiškia ne tik teisinės galios, kaip galios kurti teisės normas, suteikimą, bet ir galios vykdyti teisės normų numatytus prievartos aktus suteikimą. Tad šia platesne prasme šią galią taip pat galima apibūdinti kaip teisinę galią.

Galiausiai priklausomos yra ir tos normos, kurios, apibrėždamos antrojoje normoje vartojamą sąvoką arba kitaip autentiškai aiškindamos antrąją normą, tikslina kitų normų prasmę. Pavyzdžiui, baudžiamajame kodekse gali būti toks straipsnis: „Nužudymu laikytinas toks individo elgesys, kuriuo tyčia sukeliama kito individo mirtis." Šis straipsnis apibrėžia nužudymą, tačiau normatyvinį pobūdį jis įgyja tik kartu su kitu straipsniu, kuris teigia: „Jeigu žmogus įvykdo nužudymą, tai įgalintasis teismas privalo jam skirti mirties bausmę." O šis straipsnis savo ruožtu yra neatskiriamai susijęs su trečiu straipsniu, kuris skelbia: „Mirties bausmė turi būti vykdoma pakariant."

Vadinasi, teisinę tvarką galima apibūdinti kaip prievartinę tvarką, net jeigu ne visos jos normos numato prievartos aktus, nes normos, kurios pačios nenumato prievartos aktų (ir todėl ne įsako, bet įgalina kurti normas arba pozityviai leidžia tam tikrą elgesį), yra priklausomos normos, galiojančios tik kartu su normomis, kurios *numato* prievartos

aktus. Be to, ne visos normos, kurios numato prievartos aktą, bet tik tos, kurios tą prievartos aktą numato kaip reakciją į tam tikrą elgesį (t. y. kaip sankciją), įsako tam tikrą, būtent priešingą, elgesį. O tai yra dar viena priežastis[27], dėl kurios teisė savo pobūdžiu nėra vien įsakmi arba imperatyvi. Kadangi teisinė tvarka ką tik apibūdinta prasme yra prievartinė tvarka, ją galima apibūdinti teiginiais, skelbiančiais, kad tam tikromis sąlygomis (t. y. sąlygomis, kurias nustato teisinė tvarka) privalu atlikti tam tikrus prievartos aktus. Visa teisiškai relevantiška teisinės tvarkos materija telpa į šią teisės mokslo formuluojamos teisės taisyklės schemą – *teisės taisyklės*, kurią reikia skirti nuo teisinio autoriteto nustatytos *teisės normos*[28].

[27] Plg. p. 53.
[28] Plg. p. 92.

II. TEISĖ IR MORALĖ

7. MORALĖS NORMOS KAIP SOCIALINĖS NORMOS

Apibūdinant teisę (tiek, kiek ji yra specifinio teisės mokslo dalykas) kaip normų sistemą, ji atskiriama nuo gamtos, o teisės mokslas – nuo gamtos mokslų. Tačiau šalia teisės normų esama ir kitų normų, reguliuojančių žmonių elgesį vienas kito atžvilgiu, t. y. socialinių normų; tad teisės mokslas nėra vienintelė disciplina, kuriai rūpi socialinių normų pažinimas ir aprašymas. Šias kitas normas galima vadinti „morale“, o jas pažinti ir aprašyti siekiančią discipliną – „etika“. Tiek, kiek teisingumas yra moralės postulatas, teisingumo ir teisės santykį apima moralės ir teisės santykis. Pažymėtina, kad kasdienėje kalbos vartosenoje moralė dažnai yra painiojama su etika, visai kaip ir teisė yra painiojama su teisės mokslu, tad etikai priskiriama tai, kas yra moralės funkcijos: jog ji reguliuoja žmonių elgesį, numato pareigas ir teises, žodžiu, jog ji autoritetingai nustato normas, nors iš tikrųjų jos funkcija yra pažinti ir aprašyti moralinio autoriteto arba papročiu sukurtas normas. Metodologiniam teisės mokslo grynumui grėsmę kelia ne tik tai, kad ištrinama riba, skirianti jį nuo gamtos mokslų, bet dar labiau tai, kad teisės mokslas neatskiriamas (arba nepakankamai aiškiai atskiriamas) nuo etikos, nenubrėžiama aiški riba tarp teisės ir moralės.

Socialinis moralės pobūdis kartais kvestionuojamas nurodant tas moralės normas, kurios reikalauja ne į kitus individus, bet į save patį nukreipto elgesio, kaip antai normas, draudžiančias savižudybę arba reikalaujančias drąsos arba skaistybės. Bet net ir šios normos susiformuoja tik visuomenėje gyvenančių žmonių savivokoje. Tiesa, individo elgesys, kurio šios normos reikalauja, tiesiogiai liečia tik patį individą, bet netiesiogiai – ir kitus bendruomenės narius. Juk moralės normos objektu šis elgesys bendruomenės sąmonėje tampa tik dėl savo padarinių bendruomenei. Net vadinamosios pareigos pačiam sau yra socialinės pareigos. Izoliuotai gyvenančiam individui jos būtų beprasmės.

8. MORALĖ KAIP „VIDINIO“ ELGESIO REGULIAVIMAS

Moralės ir teisės skirtumo negalima sieti su elgesiu, kurio iš žmogaus reikalauja šių dviejų socialinių tvarkų normos. Savižudybę gali drausti ne tik moralė, bet ir teisė; drąsa ir skaistybė gali būti ne tik moralinės, bet ir teisinės pareigos. Nėra teisinga ir dažnai

reiškiama nuomonė, kad teisė nustato išorinį, o moralė – vidinį elgesį. Abiejų šių tvarkų normos lemia abi šias elgesio rūšis. Moralinė drąsos dorybė – tai ne tik vidinė bebaimiškumo savybė, bet ir jos sąlygojamas išorinis elgesys. Kita vertus, jeigu teisinė tvarka draudžia nužudymą, tai ji draudžia ne tik tai, kad išorinis žmogaus elgesys sukelia kito žmogaus mirtį, bet ir vidinį elgesį, būtent – ketinimą sukelti tokį rezultatą. Manoma, kad moralės postuluojamas (pasak kai kurių moralės filosofų) „vidinis" elgesys – tai toks elgesys, kuris, kad būtų kvalifikuojamas kaip „moralus", turi būti nukreiptas prieš asmens polinkius arba egoistinį interesą. Jeigu viso to prasmė tik tokia, kad esama moralės normos sukurtos pareigos elgtis tam tikru būdu (t. y. ši norma galioja, net jeigu polinkiai arba egoistiniai interesai yra priešingi įsakytajam elgesiui), tai yra pasakytina ir apie teisės normų sukuriamas pareigas. Socialinė tvarka neišvengiamai reikalauja elgesio, galinčio prieštarauti kai kuriems individų, kurių elgesį ši tvarka reguliuoja, polinkiams arba egoistiniams interesams. Būtų beprasmiška reikalauti tik tokio elgesio, kuris atitinka visus asmenų, turinčių paklusti tam tikrai normai, polinkius ir interesus. Žmonės vadovaujasi savo polinkiais arba mėgina realizuoti savo interesus, net nebūdami tam įpareigoti. Socialinė tvarka įgyja prasmę tik tuomet, kai siekiama kitokios padėties nei toji, kuri klostosi kiekvienam vadovaujantis savo polinkiais arba mėginant realizuoti savo interesus, – tokia, kuri susidarytų be socialinės tvarkos galiojimo ir efektyvumo.

Pažymėtina, kad jeigu tam tikrai socialinei tvarkai paklusti turintys individai elgiasi pagal tos tvarkos normas, tai jie taip elgiasi tik todėl, kad toks elgesys atitinka tuos jų polinkius arba egoistinį interesą, kuriuos jiems išugdo socialinė tvarka ir kurie gali (nors nebūtinai) būti priešingi tiems polinkiams bei interesams, kuriuos jie turėtų nesant socialinės tvarkos poveikio. Žmogus gali turėti prieštaringų polinkių arba interesų. Tada jo faktinis elgesys priklauso nuo to, kuris iš tų polinkių intensyvesnis, kuris interesas stipresnis. Jokia socialinė tvarka nėra pajėgi eliminuoti žmogaus polinkių bei egoistinių interesų kaip jo veiksmų arba neveikimo motyvų. Kad būtų efektyvi, socialinė tvarka gali tik išugdyti polinkį arba interesą elgtis pagal šią socialinę tvarką bei priešpriešinti juos tiems polinkiams bei egoistiniams interesams, kuriuos žmonės turėtų, jeigu tokios tvarkos nebūtų.

Minėta etinė doktrina kartais suprantama kaip reiškianti, kad kokią nors moralinę vertę turi tik toks elgesys, kuris yra nukreiptas prieš polinkius arba egoistinius interesus. Kadangi „turėti moralinę vertę" reiškia atitikti moralės normą, šioji doktrina implikuoja, jog moralė reikalauja, kad asmuo slopintų savo polinkius ir ne realizuotų savo interesus, bet veiktų vadovaudamasis kitokiais motyvais. O tai reiškia, kad moralės normose daroma nuoroda tik į asmens elgesio motyvus. Jau neminint to, kad įvykdyti postulatą, pagal kurį veikti reikia vadovaujantis kitais motyvais, o ne polinkiais bei egoistiniu interesu, psichologijos požiūriu yra neįmanoma, moralinė tvarka, kurios normos yra susijusios tik su elgesio motyvu, suponuoja kitą socialinę tvarką – tokią, kuri nustato išorinį elgesį. Moralės norma, susijusi tik su išorinio elgesio motyvu, yra neišsami; ji gali galioti tik kartu su normomis, kurios nustato išorinį elgesį, o šios normos taip pat turi būti moralės normos. Ne bet koks polinkiams ir egoistiniam interesui priešingas elgesys yra moralus. Jei

kas nors paklūsta kito įsakymui nužudyti, šis aktas (jeigu moralė draudžia žudyti) negali turėti kokios nors moralinės vertės, net jeigu jis atliekamas prieš jo polinkį arba egoistinį interesą. Elgesys gali turėti moralinę vertę tik tada, kai ne tik motyvas, bet ir pats elgesys atitinka moralės normą. Priimant moralinį sprendimą, motyvo ir motyvuotojo elgesio negalima atskirti. Tad ir moralės samprata negali apsiriboti norma „Slopink savo polinkius, įveik savo egoistinius interesus". Bet tik šitaip apribojus šią sampratą moralę galima atskirti nuo teisės, pirmąją suvokiant kaip susijusią su vidiniu elgesiu, o antrąją – kaip nustatančią ir išorinį elgesį.

9. MORALĖ – POZITYVIOJI NEPRIEVARTINĖ TVARKA

Teisės ir moralės taip pat neįmanoma atskirti pagal jų normų kūrimą arba taikymą. Moralės normas, visai kaip ir teisės normas, kuria papročiai arba valios aktai (pavyzdžiui, pranašo arba religijos pradininko, kaip antai Jėzaus). Šiuo atžvilgiu moralė, kaip ir teisė, yra pozityvi, nes yra aktyviai nustatyta, ir tik pozityvioji moralė yra mokslinės etikos objektas, kaip tik pozityvioji teisė yra teisės mokslo objektas. Tiesa, moralinė tvarka neturi organų, dirbančių pagal darbo pasidalijimo principą, t. y. centrinių normų taikymo organų. Toks taikymas – tai moralinis šios tvarkos reguliuojamo kitų individų elgesio vertinimas. Bet pirmykštė teisinė tvarka taip pat yra decentralizuota ir šiuo aspektu nesiskiria nuo moralinės tvarkos. Reikšminga yra tai, kad visiškai decentralizuota bendroji tarptautinė *teisė* kartais traktuojama tik kaip tarptautinė *moralė*.

Teisės ir moralės skirtumas – ne tai, *ką* šios dvi socialinės tvarkos įsako arba draudžia, o tai, *kaip* jos įsako arba draudžia tam tikrą elgesį. Pamatinis teisės ir moralės skirtumas yra toks: teisė yra prievartinė tvarka, t. y. normatyvinė tvarka, kuri siekia paskatinti tam tikrą elgesį, priešingą elgesį siedama su socialiai organizuotu prievartos aktu, tuo tarpu moralė yra socialinė tvarka be tokių sankcijų. Moralinės tvarkos sankcijos tėra pritarimas normas atitinkančiam elgesiui ir nepritarimas jų neatitinkančiam elgesiui, jokių prievartos veiksmų kaip sankcijų ji nenustato.

10. TEISĖ KAIP MORALĖS DALIS

Teisę ir moralę pripažinus skirtingomis normatyvinių sistemų atmainomis kyla teisės ir moralės santykio klausimas. Šis klausimas turi porą prasmių. Pirmoji: koks santykis jas *sieja*? Antroji: koks *privalo* sieti? Šiuos klausimus supainiojus, kyla nesusipratimai. Į pirmąjį klausimą kartais atsakoma, esą teisė jau dėl savo prigimties yra morali, kitaip tariant, teisės normų įsakomą arba draudžiamą elgesį įsako arba draudžia ir moralės normos. Be to, tariama, kad jeigu socialinė tvarka įsako elgesį, kurį draudžia moralė, arba draudžia elgesį, kurį moralė įsako, tai tokia tvarka nėra teisė, nes ji nėra teisinga. Tačiau į šį klausimą atsakoma ir teigiant, kad teisė gali būti, bet nebūtinai yra morali mi-

nėta prasme, t. y. „teisinga“; kad socialinė tvarka, kuri nėra morali (t. y. teisinga), vis dėlto gali būti teisė, net jeigu pripažįstamas postulatas, jog teisė privalo būti morali, t. y. teisinga.

Jeigu teisės ir moralės santykio klausimas yra suprantamas kaip teisės turinio klausimas, o ne jos formos klausimas, jeigu teigiama, kad teisė iš prigimties turi moralinį turinį arba kad ji yra moralinė vertybė, tada šiais teiginiais tvirtinama, kad teisė galioja tik moralės srities viduje, kad teisinė tvarka yra moralinės tvarkos dalis, kad teisė yra morali ir dėl to iš prigimties teisinga. Kadangi šiuo teiginiu mėginama teisę pateisinti (tai yra tikroji jo prasmė), tai tenka preziumuoti, jog galioja tik viena moralinė tvarka ir ji turi absoliučią moralinę vertę, taip pat jog tik tos normos, kurios atitinka šią moralinę tvarką ir, vadinasi, turi absoliučią moralinę vertę, yra laikytinos „teise“. O tai reiškia, kad čia išeities taškas yra toks teisės apibrėžimas, kuris teisę apibūdina kaip moralės dalį, tapatinamą su teisingumu.

11. MORALINĖS VERTĖS SANTYKINUMAS

Tačiau jeigu vadovaudamiesi mokslinio pažinimo nuostata atmetame absoliučią vertę apskritai ir konkrečiai – absoliučią moralinę vertę, nes absoliučią vertę galima pripažinti tik remiantis religiniu tikėjimu absoliučiu ir transcendentiniu dievybės autoritetu; jeigu vadovaudamiesi šia nuostata pripažįstame, kad nėra jokios absoliučios moralinės tvarkos, kuri pašalintų kitokios moralinės tvarkos galiojimo galimybę; jeigu nesutinkame su tuo, kad visa, kas šios moralinės tvarkos požiūriu yra gera arba teisinga, yra gera bet kuriomis sąlygomis, o kas šios tvarkos požiūriu yra bloga, tas yra bloga bet kuriomis sąlygomis; negana to, jeigu pripažįstame, kad skirtingais laikais, skirtingose tautose ir net toje pačioje tautoje, nelygu jos skirtingos klasės bei profesijos, galioja skirtingos ir net priešingos moralės sistemos; jeigu laikome savaime suprantamu dalyku, kad skirtingomis aplinkybėmis geru arba blogu, teisingu arba neteisingu galima laikyti skirtingą elgesį ir kad jokio elgesio negalima laikyti geru arba blogu, teisingu arba neteisingu visomis įmanomomis aplinkybėmis; žodžiu, jeigu pripažįstame, kad moralinės vertybės tėra santykinės, – tada teiginys, jog socialinės normos, kad jas būtų galima kvalifikuoti kaip teisę, turi turėti moralinį turinį, jog jos turi būti teisingos, gali reikšti tik tai, kad šiose normose turi būti kažkas, kas yra bendra visoms įmanomoms moralės sistemoms, kaip teisingumo sistemoms. Tačiau žinant, kokie nepaprastai nevienalyčiai yra tie dalykai, kuriuos skirtingais laikais ir skirtingose vietose žmonės laikė gerais arba blogais, teisingais arba neteisingais, kokio nors bendro įvairių moralinių tvarkų elemento rasti neįmanoma. Sakoma, kad visos moralės sistemos postuluoja taikos išlaikymą ir tai, kad niekieno atžvilgiu nebūtų vartojama jėga. Tačiau jau Heraklitas mokė, kad karas yra ne tik visa ko „tėvas“, t. y. priežastis, bet ir aukščiausiasis normų kūrimo autoritetas, aukščiausioji vertybė, taigi „gėris“; kad teisė yra kova, todėl kova yra teisinga. Ir net Jėzus sako: „Gal manote, kad esu atėjęs atnešti žemei ramybę?! Ne, sakau jums, ne ramybės, o nesantarvės“.

Tai sakydamas Jėzus skelbia, kad taika nėra aukščiausioji vertybė, bent jau šio pasaulio moralinėje tvarkoje. Ar galima neigti, jog net šiandien daug kas tiki, kad karas yra moraliai vertingas, nes leidžia pasireikšti dorybėms bei realizuoti idealus, savo verte pranokstančius taiką? Arba: argi pacifizmo moralė nėra ginčytina? Ar liberalizmo filosofija – kad konkurencija, varžybos garantuoja geriausią visuomenės būvį, – atitinka taikos idealą? Šis idealas nėra aukščiausioji vertybė visose moralės sistemose, o kai kuriose iš jų – apskritai nėra vertybė. Tačiau net jeigu būtų galima rasti visoms ligi šiol galiojusioms moralės sistemoms bendrą elementą, vis tiek nebūtų pakankamo pagrindo laikyti ne „moralia“, ne „teisinga“, tad ir ne „teise“ prievartinę tvarką, neturinčią šio elemento ir įsakančią elgesį, kuris jokioje ligšiolinėje bendruomenėje nebuvo laikomas geru arba teisingu, ir draudžiančią elgesį, kuris jokioje ligšiolinėje bendruomenėje nebuvo laikomas blogu arba neteisingu. Juk jeigu nėra preziumuojama jokia apriorinė, t. y. absoliuti, moralinė vertybė, tai negalima pasakyti, kas laikytina esant gera arba bloga, teisinga arba neteisinga bet kuriomis aplinkybėmis. O tada, be abejo, galima manyti, kad gera ir teisinga yra ir tai, ką minėta prievartinė tvarka įsako, o bloga ir neteisinga – tai, ką ji draudžia; tad ši tvarka taip pat yra (santykiškai) morali arba teisinga. Visoms moralinėms tvarkoms būdinga tik viena bendrybė, būtent tai, kad visos jos yra socialinės normos, t. y. normos, kurios reikalauja tam tikro žmonių elgesio (tiesioginio arba netiesioginio) vienas kito atžvilgiu. Visoms moralės sistemoms bendra yra jų forma, „privalomybė“: jos kelia tam tikrų reikalavimų, savo pobūdžiu yra normatyvinės. Moraliai gera yra tai, kas atitinka socialinę normą, reikalaujančią tam tikro žmonių elgesio, moraliai bloga – tai, kas prieštarauja tokiai normai. Santykinę moralinę vertę nustato socialinė norma, jog žmonės privalo elgtis tam tikru būdu. Norma ir vertė yra koreliatyvios sąvokos.

Šių prielaidų kontekste teiginys „teisė iš prigimties yra morali“ reiškia ne tai, kad teisė turi tam tikrą turinį, o tai, kad ji yra socialinė norma, jog žmonės privalo elgtis tam tikru būdu. Vadinasi, šia santykine prasme kiekviena teisė yra morali, kiekviena teisė yra (santykinė) moralinė vertybė. O tai reiškia, kad teisės ir moralės santykio klausimas – tai ne teisės turinio, bet jos formos klausimas. Tokiu atveju negalima sakyti (kaip kartais sakoma), kad teisė ne tik yra norma (arba įsakymas), bet ir įtvirtina arba realizuoja tam tikrą vertybę – toks teiginys turi prasmę tik tada, kai preziumuojama kokia nors absoliuti, dieviškoji vertybė. Juk teisė yra vertybė būtent dėl tos aplinkybės, kad ji yra norma: ji yra *teisinė vertybė*, kuri tuo pat metu yra ir (santykinė) moralinė vertybė; o tai paprasčiausiai reiškia, kad teisė yra norma.

Šitaip atmetama teorija, esą teisė išreiškia moralės minimumą, esą prievartinė tvarka, kad ją būtų galima laikyti teise, turi tenkinti moralės minimumo postulatą. Juk šitokio postulato pripažinimas suponuoja absoliučią moralę, kurią apibrėžia jos turinys arba bent jau turinys, bendras visoms pozityviosioms moralės sistemoms, dažniausiai – taikos idealas. Iš to, kas čia pasakyta, išplaukia, kad teisinė vertybė, kaip ją čia apibūdinome, neišreiškia moralės minimumo šia prasme, o konkrečiai – kad taika, kaip vertybė, nėra būtinas teisės sampratos elementas.

12. TEISINIŲ IR MORALINIŲ TVARKŲ ATSKYRIMAS

Jeigu tariama, kad teisė *yra* morali iš prigimties, tada, preziumuojant absoliučią moralinę vertybę, yra beprasmiška kelti reikalavimą, kad teisė *privalo* būti morali. Toks postulatas turi prasmę (o preziumuojamas moralumas yra teisės matas) tik tuo atveju, kai pripažįstama nemoralios teisės galimybė, kitaip tariant, kai į teisės apibrėžimą neįtraukiamas moralinio turinio elementas. Jeigu pozityvioji teisės teorija reikalauja skirti teisę nuo moralės apskritai ir konkrečiai – teisę nuo teisingumo, tai ši teorija yra nukreipta prieš tradicinį požiūrį, kurį dauguma teisininkų laiko savaime suprantamu ir kuris grindžiamas prielaida, esą yra tik *viena* absoliučiai galiojanti moralinė tvarka, taigi ir tik vienas absoliutus teisingumas. Reikalavimas skirti teisę nuo moralės ir teisę nuo teisingumo reiškia, kad pozityviosios teisinės tvarkos galiojimas nepriklauso nuo šios vienos, vienintelės galiojančios, absoliučios moralinės tvarkos, „tikrosios" moralinės tvarkos, moralinės tvarkos *par excellence*. Jeigu yra preziumuojamos tik santykinės moralinės vertybės, tada postulatas, kad teisė *privalo* būti morali, t. y. teisinga, gali reikšti tik tai, kad pozityviosios teisės formavimas privalo atitikti vieną konkrečią moralės sistemą iš daugelio galimų sistemų. Tačiau tai neužkerta kelio postulatui, kad pozityviosios teisės formavimas privalo atitikti (ir galbūt faktiškai atitinka) kitą moralės sistemą, tuo pat metu neatitikdamas moralės sistemos, kuri nuo šios skiriasi. Jeigu preziumuojant tik santykines vertybes reikalaujama skirti teisę ir moralę apskritai ir konkrečiai – teisę ir teisingumą, tai toks reikalavimas nereiškia, kad teisė ir moralė, teisė ir teisingumas nėra tarpusavyje susiję dalykai; jis nereiškia, kad teisės sąvoka yra už Gėrio sąvokos ribų. Juk gėrio sąvokos negalima apibrėžti kitaip, kaip tik nurodant tai, kas privalo būti, t. y. kaip tai, kas atitinka socialinę normą; o jeigu teisė apibrėžiama kaip norma, tada tai implikuoja, kad tai, kas yra teisėta, yra „gera". Reliatyvistine vertės teorija grindžiamas postulatas, pagal kurį brėžiamas skirtumas tarp teisės ir moralės, taigi ir tarp teisės ir teisingumo, paprasčiausiai reiškia, kad: 1) jeigu teisinė tvarka vertinama kaip morali arba amorali, teisinga arba neteisinga, šie vertinimai išreiškia teisinės tvarkos santykį su viena iš daugelio galimų moralės sistemų, bet ne su „tikrąja" moralės sistema, todėl tai yra tik santykinis, bet ne absoliutus vertinimas; 2) pozityviosios teisinės tvarkos galiojimas nepriklauso nuo to, ar ji atitinka kurią nors moralės sistemą.

Reliatyvistinė vertės teorija dažnai suprantama klaidingai – kaip teigianti, kad nėra vertybių, o konkrečiai – nėra teisingumo. Tačiau ji veikiau teigia, kad vertybės yra santykinės, o ne absoliučios, kad teisingumas yra santykinis, o ne absoliutus, kad vertybės, kurias įtvirtina mūsų normų kūrimo aktai, negali pretenduoti pašalinti priešingų vertybių.

Akivaizdu, kad moralė, būdama tik santykinė, negali vykdyti tos funkcijos, kurios iš jos sąmoningai arba nesąmoningai reikalaujama – pateikti absoliutaus pozityviosios teisinės tvarkos vertinimo kriterijų. Tokio vertinimo kriterijaus mokslinis pažinimas paprasčiausiai negali rasti. Bet tai nereiškia, kad tokio kriterijaus apskritai nėra – jį gali teikti bet kuri moralės sistema. Tačiau vertinant pozityviąją teisinę tvarką moralės požiūriu (kaip gerą arba blogą, teisingą arba neteisingą) reikia suvokti, kad vertinimo kriterijus yra san-

tykinis, kad nėra atmestinas kitokia moralės sistema grindžiamas vertinimas, be to, kad teisinę tvarką, kuri vienos moralės sistemos atžvilgiu yra vertinama kaip neteisinga, kuo puikiausiai galima vertinti kaip teisingą kitos moralės sistemos atžvilgiu.

13. MORALINIS TEISĖS PATEISINIMAS

Moralinis pozityviosios teisės pateisinimas galimas tik tuo atveju, kai moralės ir teisės normas galima priešpriešinti – kai gali būti moraliai gera ir moraliai bloga teisė. Jeigu moralinė tvarka, kaip toji, kurią skelbė Paulius savo Laiške romiečiams, reikalauja bet kuriomis aplinkybėmis laikytis teisinio autoriteto išleistų normų ir todėl atmeta bet kokią neatitiktį tarp jos ir pozityviosios teisės, tai moraliai legitimuoti pozityviosios teisės neįmanoma. Juk jeigu visa pozityvioji teisė, kaip Dievo valios apraiška, yra teisinga (kaip visa, kas tikra, yra gera tiek, kiek tai yra Dievo valios apraiška); jeigu jokia pozityvioji teisė nėra neteisinga (nes visa, kas tikra, gali būti tik gera); jeigu teisė tapatinama su teisingumu; taip pat jeigu tai, kas yra *esamybė*, tapatinama su tuo, kas yra *privalomybė,* – tada teisingumo sąvoka, kaip ir Gėrio sąvoka, netenka savo prasmės. Jeigu jokio blogio (neteisingumo) nėra, tai negali būti ir jokio gėrio (teisingumo). Postulatas, kad teisę reikia skirti nuo moralės, jurisprudenciją nuo etikos, reiškia štai ką: mokslinio pozityviosios teisės pažinimo požiūriu jos teisinimas, grindžiamas nuo teisinės tvarkos besiskiriančia moraline tvarka, yra nerelevantiškas, nes teisės mokslo uždavinys – pažinti ir aprašyti savo dalyką, o ne teigiamai arba neigiamai jį vertinti. Tiesa, teisės normos, įtvirtinančios privalomybę, yra vertybės; tačiau teisės mokslo funkcija – ne vertinti jo dalyką, bet vertybiškai neutraliai jį aprašyti. Teisės mokslininkas nesusitapatina su jokia vertybe, net su ta teisine, kurią jis aprašo.

Jeigu moralinė tvarka nereikalauja bet kuriomis aplinkybėmis paklusti pozityviajai teisinei tvarkai, kitaip tariant, jeigu išlieka teisinės ir moralinės tvarkų neatitikties galimybė, tada teisės ir moralės, teisės mokslo ir etikos atskyrimo postulatas reiškia, kad pozityviųjų teisės normų galiojimas nepriklauso nuo jų atitikties moralinei tvarkai; jis reiškia, kad pozityviosios teisės pažinimo požiūriu teisės normą galima laikyti galiojančia, net jeigu ji prieštarauja moralinei tvarkai.

Itin svarbu (ir to neįmanoma pernelyg stipriai pabrėžti), kad esama ne vienos, bet daugybės skirtingų ir net viena kitai prieštaraujančių moralinių tvarkų, kad pozityvioji teisinė tvarka gali apskritai atitikti moralines tam tikros visuomenės grupės (ypač valdančiųjų sluoksnių) pažiūras, bet prieštarauti kitos grupės moralinėms pažiūroms, ir kad, svarbiausia, visi vertinimai, kas yra moraliai gera arba bloga, moraliai pateisinama arba nepateisinama, kaip ir pati teisė, nuolat kinta, tad teisinę tvarką (arba kai kurias jos normas), jos galiojimo metu atitikusią vyravusius moralinės tvarkos postulatus, šiandien vis dėlto galima vertinti kaip amoralią. Tezė, kurią plačiai pripažįsta tradicinis teisės mokslas, tačiau kurią atmeta Grynoji Teisės Teorija, – kad teisė iš prigimties turi būti morali ir kad amorali socialinė tvarka nėra teisinė tvarka, – preziumuoja absoliučią moralinę tvar-

ką, t. y. tokią, kuri galioja visada ir visur. Priešingu atveju būtų neįmanoma pozityviosios socialinės tvarkos vertinti pagal nekintantį, nuo laiko ir vietos nepriklausantį teisingumo ir neteisingumo kriterijų.

Grynoji Teisės Teorija atmeta tezę, kad teisė yra morali iš prigimties (tuo atžvilgiu, kad tik morali socialinė tvarka yra teisė), ne tik todėl, kad ši tezė suponuoja absoliučią moralinę tvarką, bet ir todėl, kad, tam tikroje teisinėje bendruomenėje dominuojančiam teisės mokslui šią tezę vartojant praktiškai, ji tampa tokią bendruomenę konstituojančios nacionalinės prievartinės tvarkos nekritiško pateisinimo įrankiu. Juk savosios nacionalinės prievartinės tvarkos buvimas teisine tvarka yra laikomas savaime suprantamu dalyku. Abejotinas absoliučios moralės kriterijus taikomas tik kitų šalių prievartinei tvarkai. Tik jos yra diskvalifikuojamos kaip amoralios, taigi ir kaip neteisė, kai neatitinka tam tikrų postulatų, kuriuos atitinka savoji prievartinė tvarka, pavyzdžiui, kai jos pripažįsta privačią nuosavybę arba jos nepripažįsta arba kai jos yra demokratinės arba nedemokratinės. Bet kadangi savoji prievartinė tvarka yra teisė, tai ji pagal minėtą tezę taip pat turi būti morali. Toks pozityviosios teisės pateisinimas gali būti patogus politiškai, nors nepriimtinas logiškai. Teisės mokslo požiūriu jis atmestinas, nes šio mokslo paskirtis – ne teisinti teisę remiantis absoliučia arba santykine morale, bet ją pažinti ir aprašyti.

III. TEISĖ IR MOKSLAS

14. TEISĖS NORMOS KAIP TEISĖS MOKSLO OBJEKTAS

Trivialus teiginys, kad teisės mokslo objektas yra teisė, implikuoja ne tokį trivialų teiginį, kad teisės mokslo objektas yra *teisės normos*, o žmonių elgesys – tik tiek, kiek teisės normos jį apibrėžia kaip sąlygą arba padarinį, kitaip tariant, tiek, kiek žmonių elgesys yra teisės normų turinys. Santykiai tarp žmonių yra teisės mokslo objektas tik kaip teisiniai santykiai, t. y. kaip teisės normų konstituojami santykiai[29]. Teisės mokslas savo objektą mėgina suvokti „teisiškai", t. y. teisės požiūriu. Ką nors suvokti teisiškai reiškia tai suvokti kaip teisę, t. y. kaip teisės normą arba kaip teisės normos turinį – tokį, kokį apibrėžia teisės norma.

15. STATINĖ IR DINAMINĖ TEISĖS TEORIJA

Statinę ir dinaminę teisės teoriją skiriame pagal tai, kuri iš dviejų alternatyvų pabrėžiama – normų reguliuojamas žmonių elgesys ar žmonių elgesį reguliuojančios normos (t. y. pagal tai, ar pažinimo dalykas yra žmonių elgesio aktais kuriamos, taikomos arba paisomos teisės normos, ar teisės normų apibrėžiami kūrimo, taikymo arba paisymo aktai)[30]. Pirmojoje alternatyvoje teisės teorijos objektas yra teisė kaip galiojančių normų sistema – ramybės būsenos teisė. Antrojoje alternatyvoje teisės teorijos objektas yra teisėkūros ir teisės taikymo procesas – teisė judėjime. Kartu pažymėtina, kad šį procesą patį reguliuoja teisė. Juk svarbiausias teisės ypatumas yra tas, kad ji reguliuoja savikūrą ir savęs taikymą. Bendrųjų teisės normų kūrimą (įstatymų leidybos procesą) reguliuoja konstitucija; formalieji, arba proceso, įstatymai reguliuoja, kaip teismai bei administraciniai organai taiko materialiuosius įstatymus. Tad teisinį procesą sudarantys teisėkūros ir teisės taikymo aktai[31] teisės pažinimą domina tik tiek, kiek priklauso teisės normų turiniui, kiek juos apibrėžia teisės normos; vadinasi, dinaminė teisės teorija taip pat nagrinėja teisės normas – būtent tas, kurios reguliuoja teisėkūrą ir teisės taikymą.

[29] Plg. § 32.
[30] Plg. § 27 ir § 34a–d.
[31] Plg. § 35f.

16. TEISĖS NORMA IR TEISĖS TAISYKLĖ

Teisės mokslas, besigilinantis į žmonių elgesį tik tiek, kiek šis yra teisės normų turinys (yra jų apibrėžiamas), teikia normatyvinę savo objekto interpretaciją. Teisės mokslas aprašo žmonių elgesio aktais sukuriamas bei tokiais aktais taikomas teisės normas; taip jis aprašo ir normų konstituojamus šių normų apibrėžiamų faktų santykius. Sakinius, kuriais teisės mokslas aprašo šias normas ir santykius, kaip „teisės taisykles", reikia skirti nuo teisės *normų*, kurias sukuria ir taiko teisinė valdžia ir kurių laikosi teisės subjektai. Kita vertus, teisės taisyklės (deskriptyviąja prasme) – tai hipotetiniai sprendiniai, teigiantys, kad pagal nacionalinę arba tarptautinę teisinę tvarką, esant tam tikroms tos tvarkos apibrėžtoms sąlygoms, privalo atsirasti tam tikrų tos tvarkos apibrėžiamų padarinių. Teisės *normos* nėra sprendiniai, t. y. jos nėra teiginiai apie pažinimo objektą. Savo prasme jos yra įsakymai, jos gali būti taip pat leidimai ir įgalinimai, bet jos nėra instrukcijos, kaip dažnai manoma, kai teisė klaidingai tapatinama su jurisprudencija. Teisė įsako, leidžia arba įgalina, bet ji neužsiima „mokymu". Tačiau jeigu teisės normos reiškiamos žodžiais ir sakiniais, savo forma jos gali atrodyti kaip faktų konstatavimas. Antai normą, kad už vagystę privalu bausti, įstatymų leidėjas dažnai formuluoja sakiniu: „Už vagystę baudžiama įkalinimu"; normą, kad valstybės vadovas įgalinamas sudaryti sutartis, formuluoja sakiniu: „Valstybės vadovas sudaro sutartis." Tačiau svarbu ne teisėkūros, normas nustatančio, akto lingvistinė forma, bet jo prasmė. Akto prasmė skiriasi nuo teisę aprašančios teisės taisyklės prasmės. „Teisės taisyklės" (vok. Rechts-*Satz*) skirtumas nuo „teisės normos" (vok. Rechts-*Norm*) išreiškia teisės pažinimo funkcijos skirtumą nuo visiškai kitokios funkcijos, vykdomos teisinio autoriteto, kuriam atstovauja teisinės bendruomenės organai. Teisės mokslas turi (tarsi iš šalies) pažinti teisę ir ją aprašyti. Teisiniai organai, kaip teisinė valdžia, turi kurti tokią teisę, kad teisės mokslas ją vėliau galėtų pažinti ir aprašyti. Tiesa, teisės taikymo organai taip pat turi pažinti (tarsi iš vidaus) jų taikomą teisę. Įstatymų leidėjas, taikantis konstituciją, turi pažinti konstituciją, o teisėjas, taikantis įstatymą, turi pažinti įstatymą. Bet šis pažinimas nėra esminis jų funkcijų komponentas; jis tėra pasirengimas toms funkcijoms[32].

Tiesa ir tai, kad Kanto epistemologijoje teisės mokslas, kaip teisės pažinimas, kaip bet kuris kitas pažinimas, savo pobūdžiu yra konstituojantis – jis „kuria" savo objektą tiek, kiek šį objektą suvokia kaip prasmingą visumą. Panašiai, kaip juslinių suvokinių chaosas gamtamokslinio pažinimo pastangomis virsta kosmosu arba „gamta" kaip vieninga sistema, taip ir teisinių organų kuriama bendrųjų bei individualiųjų teisės normų įvairovė vieninga sistema, „teisine tvarka" tampa teisės mokslo pastangomis. Tačiau šis „kūrimas" savo pobūdžiu yra grynai epistemologinis. Jis iš esmės skiriasi nuo daiktų kūrimo žmonių darbu bei nuo teisėkūros – teisinės valdžios pastangomis.

Teisės mokslo funkcijos skirtumas nuo teisinio autoriteto funkcijos, taigi ir jų abiejų rezultatų skirtumas, dažnai yra ignoruojami. Lingvistiškai „teisė" ir „teisės mokslas" dažnai

[32] Plg. § 35g, poskyrį „Konstitutyvus teismo sprendimo pobūdis".

yra vartojama kaip sinonimai. Pavyzdžiui, sakant „klasikinė tarptautinė teisė“ iš tikrųjų turima galvoje tam tikra tarptautinės teisės teorija, o kalbant apie teisės mokslą kaip teisės šaltinį turima galvoje, kad teisės mokslas gali teisinei bylai pateikti privalomą sprendimą. Tačiau teisės mokslas gali tik *aprašyti* teisę, bet negali *diktuoti* tam tikro elgesio, kaip tai daro teisinio autoriteto sukurta teisė (įgyjanti bendrųjų arba individualiųjų normų formą). Joks teisininkas negali neigti, kad yra esminis skirtumas tarp įstatymo, paskelbto oficialiame leidinyje, ir mokslinio šio įstatymo komentaro – tarp baudžiamojo kodekso ir baudžiamosios teisės vadovėlio. Teisės mokslo formuluojami teiginiai, kad pagal tam tikrą teisinę tvarką kažkas privalo būti daroma arba nedaroma, nei kam nors sukuria pareigas, nei suteikia teises; jie gali būti teisingi arba klaidingi. Tačiau teisinio autoriteto išleistos normos, sukuriančios pareigas ir suteikiančios teises teisės subjektams, nėra nei teisingos, nei klaidingos – tik galiojančios arba negaliojančios, kaip ir faktai nėra nei teisingi, nei klaidingi – tik esantys arba nesantys, ir tik *teiginiai apie* faktus gali būti teisingi arba klaidingi. Pavyzdžiui, civilinės teisės vadovėlio teiginys, kad asmuo, neįvykdęs pasižadėjimo sudaryti santuoką, privalo atlyginti patirtus nuostolius arba į jo turtą privalo būti nukreiptas civilinis išieškojimas, yra klaidingas, jeigu teisiniame tekste aprašoma valstybės teisė nenustato tokios prievolės, nes ji nenumato tokio civilinio išieškojimo. Atsakymą į klausimą, ar tokia teisės norma galioja tam tikroje teisinėje tvarkoje, galima (netiesiogiai) verifikuoti, nes kad norma galiotų, ją reikia sukurti empiriškai identifikuojamu aktu. Tačiau teisinio autoriteto išleista norma (numatanti nuostolių atlyginimą ir civilinį išieškojimą neįvykdymo atveju) negali būti teisinga arba klaidinga, nes ji nėra teiginys apie faktą – ji *ne aprašo* objektą, bet *reikalauja* ir dėl to yra teisės mokslo objektas. Įstatymų leidėjo nustatyta norma (numatanti išieškojimą asmeniui, neįvykdžiusiam pasižadėjimo sudaryti santuoką ir neatlyginusiam nuostolių) ir teisės mokslo formuluojamas šią normą apibūdinantis teiginys (kad prieš asmenį, neįvykdžiusį pasižadėjimo sudaryti santuoką ir neatlyginusį patirtų nuostolių, privalo būti nukreiptas civilinis išieškojimas) yra logiškai skirtingi dalykai. Todėl verta juos terminologiškai diferencijuoti kaip „teisės normą“ ir „teisės taisyklę“. Iš to, kas pasakyta, išplaukia, kad teisės mokslo formuluojamos teisės taisyklės nėra vien pakartotos teisinio autoriteto sukurtos teisės normos. Tačiau prieštaravimas, esą teisės taisyklės yra perteklinės, nėra toks pat akivaizdžiai nepagrįstas, kaip požiūris, esą gamtos mokslas yra perteklinis gamtos atžvilgiu, nes gamta, kitaip nei teisė, reiškiasi ne sakomais arba rašomais žodžiais. Požiūriui, kad teisės mokslo formuluojama teisės taisyklė yra perteklinė įstatymų leidėjo sukurtos normos atžvilgiu, galima paprieštarauti tik nurodant, jog toks požiūris prilygtų nuomonei, kad mokslinis baudžiamosios teisės išdėstymas yra perteklinis baudžiamosios teisės atžvilgiu, o teisės mokslas – perteklinis teisės atžvilgiu.

Kadangi teisės normos, kaip preskripcijos (t. y. įsakymai, leidimai, įgalinimai), negali būti nei teisingos, nei klaidingos, kyla klausimas, kaip teisės normų santykiams galima taikyti logikos principus, ypač neprieštaravimo principą bei inferencijos taisykles, jeigu tradicinė pažiūra tvirtina, kad šiuos principus galima taikyti tik teiginiams, kurie gali būti teisingi arba klaidingi? Atsakymas štai koks: logikos principus galima netiesiogiai tai-

kyti teisės normoms tiek, kiek juos galima taikyti teisės taisyklėms, aprašančioms teisės normas ir galinčioms būti teisingomis arba klaidingomis. Dvi teisės normos prieštarauja viena kitai ir dėl to abi negali galioti vienu metu, jeigu viena kitai prieštarauja dvi jas aprašančios teisės taisyklės, ir vieną teisės normą galima dedukuoti iš kitos, jeigu jas aprašančios teisės taisyklės gali sudaryti loginį silogizmą*.

Tai nėra nesuderinama su ta aplinkybe, kad šios teisės taisyklės yra teiginiai apie privalomybę ir turi būti teiginiai apie privalomybę, nes jos aprašo normas, reikalaujančias tam tikrų privalomų dalykų. Teiginys, aprašantis baudžiamosios teisės normos, numatančios įkalinimą už vagystę, galiojimą, būtų klaidingas, jeigu būtų teigiama, kad pagal šią normą už vagystę baudžiama įkalinimu; klaidingas jis būtų todėl, kad esama aplinkybių, kuriomis, nepaisant tos normos galiojimo, už vagystę faktiškai nėra baudžiama (pavyzdžiui, kai vagis nepagautas). Šią normą aprašančią teisės taisyklę galima formuluoti tik taip: jei kas nors vagia, jis privalo būti nubaustas. Tačiau teisės taisyklės „privalomybė", kitaip nei teisės normos „privalomybė", savo pobūdžiu nėra preskriptyvi – jos prasmė deskriptyvi. Šis žodžio „privalomybė" dviprasmiškumas lieka nepastebėtas, kai teiginiai apie privalomybę sutapatinami su imperatyviais teiginiais.

17. PRIEŽASTINGUMO MOKSLAS IR NORMŲ MOKSLAS

Teisę apibrėžiant kaip normą (arba, tiksliau, kaip normų sistemą arba kaip normatyvinę tvarką) ir teisės mokslo objektą apribojant teisės normų bei normų konstituojamų šių normų apibrėžiamų santykių pažinimu ir aprašymu, teisė atskiriama nuo gamtos, o teisės mokslas, kaip normų mokslas, atribojamas nuo visų kitų mokslų, siekiančių pažinti realių įvykių priežastingumą. Šitaip išryškėja kriterijus, pagal kurį visuomenę galima aiškiai atskirti nuo gamtos, o socialinį mokslą – nuo gamtos mokslo.

Vienas iš daugelio gamtos apibrėžimų ją apibūdina kaip daiktų tvarką, arba sistemą, kurios elementai tarpusavyje yra susiję kaip priežastys su padariniais, o tai reiškia, kad jų ryšiai klostosi pagal priežastingumo principą. Vadinamieji gamtos dėsniai, kuriais mokslas aprašo gamtą, yra šio principo pritaikymas, pavyzdžiui, teiginys, kad kaitinamas metalinis kūnas plečiasi. Ryšys tarp kaitinimo ir plėtimosi yra priežasties ir padarinio ryšys.

Jeigu yra nuo gamtos mokslų besiskiriantis socialinis mokslas, savo objektą jis turi aprašyti pagal kitokį, ne priežastingumo, principą. Visuomenė, kaip nuo gamtos mokslo besiskiriančio socialinio mokslo objektas, – tai normatyvinė žmonių elgesio tvarka. Tačiau nėra nepaneigiamų argumentų, kodėl žmonių elgesys neturėtų būti suvokiamas ir kaip

* *Vertėjo [angliškojo vertimo] pastaba:* Apie loginio neprieštaravimo principo pritaikomumą pozityviosioms teisės normoms žr.: H. Kelsen. Derogation. – *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound.* Ed. by Ralph Newman under the aegis of American Society for Legal History (Indianapolis and New York: Bobbs-Merril, 1962), pp. 339–355. Apie inferencijos taisyklės taikymą normoms žr.: Recht und Logik. – *Forum*, XII: 142 (Vienna, October, 1965), pp. 421–425 ir XII:143 (November, 1965), pp. 495–500.

gamtos dalis, kurią apibrėžtų priežastingumo principas, arba kodėl jo, kaip ir gamtos faktų, nebūtų galima aiškinti kaip priežasčių ir padarinių. Neabejotina, kad toks aiškinimas, bent jau tam tikru mastu, įmanomas – ir jau yra pateiktas. Tiek, kiek mokslas šitaip aprašo ir aiškina žmonių elgesį ir yra apibrėžiamas kaip socialinis mokslas, nes jo objektas yra žmonių elgesys vienas kito atžvilgiu, tokio socialinio mokslo negalima laikyti iš esmės besiskiriančiu nuo gamtos mokslų.

Tačiau analizuodami savo teiginius apie žmonių elgesį pamatome, kad žmonių elgesio aktus vienus su kitais bei su kitais faktais siejame ne tik pagal priežastingumo principą (t. y. kaip priežastis ir padarinius), bet ir pagal principą, visiškai skirtingą nuo priežastingumo principo, – principą, kuriam įvardyti mokslas kol kas dar neturi visuotinai pripažinto žodžio. Jei mums pavyktų įrodyti, kad toks principas mūsų mąstyme yra ir kad jį naudoja tie mokslai, kurių objektas yra normų apibrėžiamas žmonių elgesys vienas kito atžvilgiu (t. y. mokslai, kurių objektas yra elgesį apibrėžiančios normos), tuomet pagrįstai visuomenę galėtume traktuoti kaip nuo gamtos tvarkos besiskiriančią tvarką, arba sistemą, o visuomenę tiriančius mokslus – kaip besiskiriančius nuo gamtos mokslų. Tik traktuojant visuomenę kaip normatyvinę žmonių elgesio tvarką ją galima suvokti kaip objektą, besiskiriantį nuo gamtos priežastinės tvarkos; tik tada socialinius mokslus galima priešpriešinti gamtos mokslams. Tik tuo atveju, kai teisė yra normatyvinė elgesio vienas kito atžvilgiu tvarka, ją, kaip socialinį reiškinį, galima skirti nuo gamtos; tik tada teisės mokslą, kaip socialinį mokslą, galima atskirti nuo gamtos mokslų.

18. PRIEŽASTINGUMAS IR PRISIEJIMAS; GAMTOS DĖSNIS IR TEISĖS DĖSNIS

Nuo priežastingumo besiskiriantį principą, kurį taikome apibūdindami normatyvinę žmonių elgesio tvarką, galima pavadinti *prisiejimu* (*imputation*). Analizuojant teisinį mąstymą galima parodyti, kad teisės taisyklėms (sakiniams, kuriais teisės mokslas, skirtingai nuo teisės normų, t. y. preskripcijų, aprašo teisę, t. y. savo objektą) taikomas principas, nors ir analogiškas priežastingumo principui, tačiau nuo jo iš esmės skiriasi. Jis yra analogiškas tuo atžvilgiu, kad teisės taisyklėse funkcionuoja panašiai kaip priežastingumo principas gamtos dėsniuose. Pavyzdžiui, štai šie teiginiai yra teisės taisyklės: individas, padaręs nusikaltimą, privalo būti nubaustas; arba: į individo, negrąžinusio skolos, turtą privalo būti nukreiptas civilinis išieškojimas; arba: individą, susirgusį infekcine liga, privalu internuoti tam tikroje įstaigoje. Apibendrinta formuluotė: esant teisinės tvarkos apibrėžtoms sąlygoms privalo būti vykdomas teisinės tvarkos apibrėžiamas prievartos aktas. Tai yra jau minėta pamatinė teisės taisyklės forma. Visai kaip gamtos dėsnyje, teisės taisyklėje sujungiami du elementai. Tačiau teisės taisyklės išreiškiamos sąsajos prasmė yra visiškai kitokia nei priežastingumo, kurį išreiškia gamtos dėsnis. Akivaizdu, kad nusikaltimą ir bausmę, civilinį deliktą ir civilinį išieškojimą, ligą ir internavimą sieja ne priežasties ir padarinio ryšys. Teisės taisyklė, kitaip nei gamtos dėsnis, tvirtina ne kad kai

yra *A*, tai „yra" ir *B*, bet kad kai yra *A*, tai *B* „privalo" būti, net jeigu iš tikrųjų *B* galbūt ir nėra. Teisės taisyklės ir gamtos dėsnio elementų ryšio skirtumą lemia tai, kad teisės taisyklės apibrėžiamą ryšį sukuria teisinis autoritetas (arba teisės norma, sukuriama valios aktu), o priežasties ir padarinio ryšys nepriklauso nuo tokio žmonių įsikišimo.

Šio skirtumo nesti religinio-metafizinio pasaulėvaizdžio struktūroje, kur priežastį su padariniu sieja dieviškojo kūrėjo valia. Šiuo požiūriu gamtos dėsniai aprašo *normas*, išreiškiančias dieviškąją valią, t. y. normas, įsakančias gamtai elgtis tam tikru būdu. Todėl metafizinė teisės teorija tariasi atradusi prigimtinę – gamtai imanentinę – teisę. Tačiau moksliniame pasaulėvaizdyje, kur vietos sau gali rasti tik pozityvistinė teisės teorija, (priežastinio) gamtos dėsnio ir teisės taisyklės skirtumą reikia kuo labiausiai pabrėžti. Jeigu teisės taisyklė formuluojama taip: „Esant tam tikroms sąlygoms *privalo* atsirasti tam tikrų padarinių"; kitaip tariant, jeigu normos sukurtąjį faktų ryšį, kurį ši norma apibrėžia kaip sąlygą ir padarinį, išreiškia žodis „privalo", tai, kaip jau buvo sakyta[33], šis žodis vartojamas ne įprasta prasme. „Privalėti" paprastai reiškia įsakymą, o ne leidimą arba įgalinimą. Tačiau teisinis „privalėjimas" (teisės taisyklėje sąlygą su padariniu susiejanti jungtis) aprėpia visas tris prasmes: įsakymą, įgalinimą ir pozityvų leidimą atsirasti padariniui. Teisės taisyklėje „privalo" turi vykdyti visas tris normatyvines funkcijas. Šis „privalo" išreiškia tik tą specifinę prasmę, kuria du faktų kompleksus susieja teisės norma, – vadinasi, jos susiejamos teisės *normoje*. Šio normų sukuriamo ryšio, konkrečiai – delikto ir sankcijos ryšio, teisės mokslas negali nusakyti kitaip, kaip tik jungtimi „privalo". Perteikdamas tą specifinę prasmę, kuria teisės norma adresuojama teisiniams organams ir teisės subjektams, teisės mokslas teisės taisyklės negali formuluoti kitaip, kaip tik teiginiu: „Pagal tam tikrą pozityviąją teisinę tvarką ir esant tam tikroms sąlygoms privalo atsirasti tam tikras padarinys." Sakoma, kad teisės mokslas teigia tik tai, kad teisinei tvarkai priklausanti teisės norma „turi galią" tam tikru metu, todėl jis (priešingai nei teisės norma) teigia ne „privalomybę", bet „esamybę"; bet tai nėra teisinga. Kadangi tvirtinimas, kad „yra" (arba „galioja") norma, įsakanti, įgalinanti arba pozityviai leidžianti tam tikrą elgesį, negali reikšti, jog elgesys ir iš tikrųjų yra toks, jis gali reikšti tik tai, jog toks elgesys „privalo būti".

Konkrečiai – teisės mokslas negali teigti, kad pagal tam tikrą teisinę tvarką ir tenkinant sąlygą, kad padarytas deliktas, iš tikrųjų yra vykdoma sankcija. Toks teisės mokslo teiginys prieštarautų tikrovei: deliktai padaromi labai dažnai, bet jų nelydi jokia teisinės tvarkos numatyta sankcija; tačiau tikrovė nėra tas objektas, kurį aprašo teisės mokslas. Tai pasakytina net ir tuo atveju, kai teisės mokslo aprašomos teisės normos galioja, t. y. kai jų apibrėžiamas elgesys *privalo* (objektyviąja prasme) atsirasti – tik tuo atveju, jeigu faktinis elgesys daugiau ar mažiau atitinka teisinę tvarką. Teisinės tvarkos efektyvumas (ir tai reikia pabrėžti) yra tik galiojimo sąlyga, o ne pats galiojimas. Jeigu teisės mokslas siekia aprašyti teisinės tvarkos galiojimą, t. y. tą specifinę prasmę, kuria toji tvarka adresuojama jai pavaldiems individams, tai jis gali pasakyti tik tai, kad pagal tam tikrą teisi-

[33] Plg. p. 45–46.

nę tvarką ir tenkinant sąlygą, kad padarytas tam tikras tos teisinės tvarkos apibrėžtas deliktas, privalo būti realizuojama tam tikra tos teisinės tvarkos apibrėžiama sankcija; žodis „privalo“ čia aprėpia abi situacijas: ir tai, kad sankcijos vykdymas yra tik įgalinamas arba pozityviai leidžiamas, ir tai, kad jos taikymas yra įsakomas. Teisės mokslo formuluojamos teisės taisyklės gali būti tik teiginiai apie „privalomybę“. Tačiau tokiu atveju mums tenka spręsti loginę problemą: vartodama žodį „privalo“, teisės mokslo formuluojama teisės taisyklė nesuteikia jai tos valdingumo prasmės, kurią turi taisyklės aprašoma teisės norma; teisės taisyklėje „privalo“ yra deskriptyvaus pobūdžio. Kita vertus, iš tos aplinkybės, kad teisės taisyklė kažką aprašo, neišplaukia, jog tai, kas aprašoma, yra realus faktas, nes aprašyti galima ne tik realius faktus, bet ir normas, t. y. specifines faktų prasmes. Konkrečiai – teisės taisyklė nėra imperatyvas; ji yra sprendinys, teiginys apie pažinimo objektą. Teisės taisyklė neimplikuoja ir jokio pritarimo aprašomajai teisės normai. Teisininkas, moksliškai aprašantis teisės normą, nesitapatina su tą normą išleidusiu teisiniu autoritetu. Teisės taisyklė išlieka objektyvi *de*skripcija; ji netampa *pre*skripcija. Taisyklė nedaro nieko daugiau – ji, kaip ir gamtos dėsnis, tik konstatuoja ryšį tarp dviejų elementų, t. y. funkcinį ryšį.

Nors teisės mokslo objektas yra teisės normos, taigi ir tų normų konstituojamos teisinės vertybės, vis dėlto teisės taisyklės, kaip ir gamtos dėsniai gamtos moksluose, yra vertybiškai neutralus jų objekto aprašymas. Tai reiškia, kad aprašymas neturi jokių sąsajų su metateisinėmis vertybėmis ir neimplikuoja jokio emocinio pritarimo arba nepritarimo. Jeigu teisininkas, iš teisės mokslo pozicijų aprašantis tam tikrą pozityviąją teisinę tvarką, teigia, kad esant tam tikrai šios teisinės tvarkos apibrėžtai sąlygai privaloma vykdyti šios tvarkos apibrėžiamą sankciją, jis tai teigia net ir tuo atveju, kai pats tokį sankcijos prisiejimą sąlygai laiko neteisingu ir jam nepritaria. Teisinę vertybę konstituojančias normas būtina skirti nuo normų, pagal kurias vertinamas teisės formavimas. Jeigu teisės mokslui išvis tektų spręsti klausimą, ar konkretus elgesys atitinka teisę, ar jos neatitinka, jo atsakymas galėtų būti tik teiginys, kad teisės mokslo aprašomoje teisinėje tvarkoje šis elgesys yra įsakomas arba draudžiamas, įgalinamas arba neįgalinamas, leidžiamas arba neleidžiamas, nepriklausomai nuo to, ar teigiantysis tokį elgesį vertina kaip moraliai gerą, ar kaip blogą, ar jis jam pritaria, ar jį smerkia.

Dėl to, kad teisės taisyklė deskriptyviąja prasme, kaip ir gamtos dėsnis (gamtos moksle), išreiškia funkcinį ryšį, ją pagal analogiją su gamtos dėsniu galima vadinti ir teisės dėsniu (*legal law*) (tai – dėsnis teisine prasme, vok. *Rechtsgesetz*). Kaip jau buvo pabrėžta, vartodama žodį „privalo“, teisės taisyklė išreiškia tik tą specifinę prasmę, kuria teisės norma susieja sąlygą ir padarinį, konkrečiai – deliktą ir sankciją; tuo tarpu teisės dėsnio aprašomas ryšys yra analogiškas gamtos dėsnio išreiškiamam priežasties ir padarinio ryšiui, tačiau ir skiriasi nuo jo.

Kaip gamtos dėsnis (gamtą aprašantis teiginys) pats nėra aprašomasis objektas, lygiai taip pat ir teisės dėsnis (teiginys, aprašantis teisę, arba, kitaip tariant, teisės mokslo suformuluota teisės taisyklė) nėra aprašomasis objektas, būtent teisė, teisės norma. Pastaroji, nors – kai yra bendro pobūdžio – ir vadinama dėsniu (*law*), nėra dėsnis analogiška

gamtos dėsniui prasme. Juk teisės norma nėra teiginys, *aprašantis* (*describing*) funkcinį ryšį. Teisės norma išvis nėra teiginys, ji yra prasmė akto, kuriuo kažkas nustatoma (*prescribing*) ir kuriuo pirmąkart sukuriamas funkcinis faktų ryšys, – ryšys, kurį aprašo teisės taisyklė, teisės dėsnis.

Kaip ir gamtos dėsnis, teisės taisyklė, teikianti save kaip teisės dėsnį, yra bendro pobūdžio, o tai reiškia, kad teisės dėsnis aprašo bendrąsias teisinės tvarkos normas ir šių normų konstituojamus santykius. Teismo sprendimais arba administraciniais aktais kuriamas individualiąsias teisės normas teisės mokslas aprašo taip, kaip gamtos mokslas aprašo konkretų eksperimentą, ir nurodydamas tą gamtos dėsnį, kuris reiškiasi šiame eksperimente. Antai fizikos vadovėlyje gali būti tokie žodžiai: „Kadangi, kaip teigia gamtos dėsnis, kaitinamas metalinis kūnas plečiasi, metalinis rutulys, kurį fizikas *X* iki kaitinimo prakišdavo pro medinį žiedą, dabar pro jį nepralenda." Arba tekste apie vokiečių baudžiamąją teisę gali būti sakoma: „Pagal Vokietijos teisės pagrindu suformuluotą teisės dėsnį, vagystę įvykdžiusį asmenį teismas privalo bausti įkalinimu; todėl *Y* esantis teismas *X*, nustatęs, kad *A* įvykdė vagystę, nusprendė, kad *A* turi būti prievarta laikomas kalėjime *Z* vienerius metus." Pasakant, kad „įvykdęs vagystę *A* turi būti prievarta laikomas kalėjime *Z* vienerius metus", yra apibūdinama teismo *X* išleista individualioji norma.

Jeigu tą sąlygos ir padarinio ryšį, kurį teisės taisyklėje nusako žodis „privalo", pavadinsime „prisiejimu", tai į discipliną galbūt įtrauksime naują žodį, bet ne naują kategoriją, nes joje visada buvo vartojama sąvoka, kurią čia įvardijame žodžiu „prisiejimas". Jį implikuoja „atsakomybės" sąvoka. Tai, kad individas atsako už savo elgesį, reiškia, jog jis už šį elgesį gali būti baudžiamas; o tai, kad jis neatsako, arba nėra atsakingas, reiškia, jog jis (dėl to, kad yra nepilnametis arba beprotis) negali būti baudžiamas. Vadinasi, pirmuoju atveju tam tikras elgesys *yra*, o antruoju – *nėra* susiejamas su bausme; tas elgesys arba yra, arba nėra bausmės sąlyga; bausmė arba yra, arba nėra *prisiejama* tam elgesiui. Tiesa, kai sakoma, kad individas atsako arba neatsako už savo elgesį, turima galvoje, kad individui yra arba nėra prisiejamas tas elgesys. Tačiau aptariamasis elgesys individui yra arba nėra prisiejamas (vadinasi, individas atsako arba neatsako už savo elgesį) vien dėl tos aplinkybės, kad pirmuoju atveju tas elgesys yra susiejamas su sankcija ir todėl yra kvalifikuojamas kaip deliktas, o antruoju atveju taip nedaroma, tad neatsakingas individas negali padaryti delikto. Tačiau tai reiškia, kad prisiejimas ir yra tik šioji delikto ir sankcijos sąsaja. Tad prisiejimas, kurį išreiškia atsakomybės sąvoka, nėra tam tikro elgesio ryšys su taip besielgiančiu individu, kaip manoma tradicinėje teorijoje; tam nereikia, kad teisės norma apskritai nustatytų kokią nors sąsają, nes elgesio negalima atskirti nuo besielgiančiojo individo; net neatsakingo žmogaus elgesys yra jo elgesys (jo veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo), net jeigu jo negalima jam prisieti kaip delikto. Atsakomybės sąvokos implikuojamas prisiejimas yra tam tikro elgesio, būtent delikto, ryšys su sankcija. Todėl galima sakyti, kad sankcija prisiejama deliktui, tačiau sankcija nėra „sukelta" delikto (nėra jo, kaip „priežasties", padarinys). Akivaizdu, kad teisės mokslas nesiekia pateikti delikto ir

sankcijos, kaip teisinių reiškinių, priežastinio paaiškinimo. Teisės taisyklėse, kuriomis teisės mokslas aprašo šiuos reiškinius, figūruoja ne priežastingumo principas, bet kitas principas, kurį čia pavadinome „prisiejimu“.

19. PRISIEJIMO PRINCIPAS PIRMYKŠČIO ŽMOGAUS MĄSTYME

Pirmykščių visuomenių ir pirmykščio mąstymo tyrimai rodo, kad tuo pačiu principu pirmykščiai žmonės grindžia ir gamtos aiškinimą[34]. Pirmykštis žmogus gamtą veikiausiai aiškino ne pagal priežastingumo principą. Šis principas – pamatinis gamtos mokslų principas, kaip ir pats gamtos mokslas, – yra palyginti išsivysčiusios civilizacijos pasiekimas. Ankstyvasis žmogus savo jutimiškai suvokiamus faktus interpretavo pagal tuos pačius principus, kurie reguliavo jo santykius su kitais žmonėmis, būtent – pagal socialines normas.

Žmonėms gyvenant grupėse gimsta idėja, kad vienoks elgesys yra geras, o kitoks – blogas, kitaip tariant, kad grupės nariai tam tikromis sąlygomis privalo elgtis tam tikru būdu, taigi individas, konkrečioje situacijoje norintis pasielgti priešingai ir taip iš tikrųjų pasielgęs, žinotų, jog pasielgė ne taip, kaip privalėjo. Vadinasi, visuomenėje gyvenančių žmonių sąmonėje esama normų, reguliuojančių jų elgesį vienas kito atžvilgiu, idėjos. Be to, grupėje kartu gyvenantys žmonės savo elgesį vienas kito atžvilgiu vertina pagal normas, kurias suformuoja paprotys, net jeigu jos interpretuojamos kaip antžmogiškojo autoriteto įsakymai. Seniausios žmonijos normos veikiausiai yra tos, kuriomis siekiama tramdyti lytinį potraukį ir agresyvumą. Kraujomaiša ir nužudymas yra bene seniausi nusikaltimai, o ostrakizmas ir kraujo kerštas – seniausios socialiai organizuotos sankcijos. Šios sankcijos buvo grindžiamos atpildo principu – pagrindine pirmykščio žmogaus socialinio gyvenimo taisykle. Ji apėmė ir bausmes, ir atlygius. Apibendrintai ją galima suformuluoti taip: jeigu elgiesi deramai, tau privalo būti atlyginta, t. y. tau turi būti suteikta kokia nors gėrybė, o jeigu elgiesi nederamai, privalai būti nubaustas, t. y. tau turi būti padaryta kokia nors blogybė. Šioje pamatinėje taisyklėje sąlyga ir padarinys vienas su kitu susiję ne pagal priežastingumo principą, bet pagal prisiejimo principą. Jeigu pirmykščių žmonių sąmonėje apskritai buvo bent koks poreikis aiškinti reiškinius, tai jį patenkindavo atpildo principas. Jeigu įvykis buvo suvokiamas kaip žalingas, jis buvo interpretuojamas kaip bausmė už blogą elgesį; jeigu įvykis buvo suvokiamas kaip naudingas, jis buvo interpretuojamas kaip atlygis už gerą elgesį. Kitaip tariant, nelaimė (nuostolių pridarę dalykai, kaip antai: nederlius, nesėkminga medžioklė, karo pralaimėjimas, liga arba mirtis), kaip bausmė, buvo prisiejama nederamam grupės narių elgesiui; tuo tarpu palankūs dalykai (geras derlius, sėkminga medžioklė, pergalė, sveikata, ilgas gyvenimas), kaip atlygis, buvo prisiejami deramam grupės narių elgesiui. Jeigu įvykdavo kas nors, ką pir-

[34] Plg. Hans Kelsen, *Vergeltung und Kausalität* (Den Haag, 1941), pp. 1 ff. ir *Society and Nature* (Chicago, 1943), pp. 1 ff.

mykščių žmonių sąmonė reikalaudavo paaiškinti (o tai būdavo tik įvykiai, tiesiogiai susiję su jų interesais), būdavo klausiama ne: „Kokia yra to priežastis?“, bet: „Kas už tai atsako?“ Jų gamtos aiškinimas buvo ne priežastinis, bet normatyvinis, o kadangi atpildo principas, kuriuo grindžiamas šis aiškinimas, yra specifiškai socialinis principas, reguliuojantis žmonių elgesį vienas kito atžvilgiu, šį gamtos aiškinimą galima apibūdinti kaip socionormatyvinį gamtos aiškinimą.

Vadinamasis pirmykščio žmogaus animizmas yra jo tikėjimas, kad sielą turi ne tik žmonės, bet visi daiktai, taip pat tie, kuriuos laikome negyvais, kad daiktuose arba už jų esama nematomų, bet galingų dvasių, kitaip tariant, kad visi daiktai yra asmenys. Šis požiūris implikuoja tai, kad daiktai žmonių atžvilgiu elgiasi lygiai taip pat, kaip žmonės elgiasi vienas kito atžvilgiu, būtent – pagal atpildo principą. Pirmykščiai žmonės tikėjo, kad šios sielos, arba dvasios, žmonėms atneša nelaimę kaip bausmę, o sėkmę – kaip atlygį. Pirmykščių žmonių įsitikinimu, tarp nederamo elgesio ir nelaimės (kaip bausmės) ir deramo elgesio ir sėkmės (kaip atlygio) esama sąsajos, o šioji grindžiama idėja, kad tuo būdu, t. y. vadovaujantis atpildo principu, gamtą valdo galingos antžmogiškos, bet vis dėlto personifikuotos būtybės. Animizmo esmė – personalistinis, t. y. socionormatyvinis, gamtos aiškinimas – toks aiškinimas, kai vadovaujamasi prisiejimo principu, o ne priežastingumo dėsniu.

Todėl pirmykščio žmogaus mąstyme negali atsirasti gamtos, kaip pagal priežastingumo principą tarp savęs susijusių elementų tvarkos, sampratos. Jam gamta – dalis jo visuomenės, t. y. normatyvinės tvarkos, kurios elementai vienas su kitu susiję pagal prisiejimo principą. Jam nėra žinomas gamtos, kaip priežastinės tvarkos, ir visuomenės, kaip normatyvinės tvarkos, dualizmas. Tokio dualizmo atsiradimą civilizuoto žmogaus mąstyme produkavo intelekto vystymasis, kuriam vykstant žmonės imami skirti nuo kitų būtybių, asmenų bei daiktų, o daiktų santykių priežastinis aiškinimas yra atribojamas nuo žmonių santykių normatyvinio aiškinimo. Šiuolaikinis gamtos mokslas – tai gamtos normatyvinio aiškinimo išsivadavimo iš jos socialinio aiškinimo, taigi iš animizmo, rezultatas. Šį procesą galime paradoksaliai apibūdinti sakydami, kad evoliucijos pradžioje, animistiniu žmonijos istorijos laikotarpiu, buvo tik visuomenė (kaip normatyvinė tvarka), o gamta, kaip priežastinė tvarka, mokslo buvo sukurta tik jam pačiam išsivadavus iš animizmo. Priežastingumo principas buvo šio vadavimosi įrankis.

20. PRIEŽASTINGUMO PRINCIPO KILIMAS IŠ ATPILDO PRINCIPO

Priežastingumo Dėsnis veikiausiai kilo iš Atpildo Normos[35]. Tokia evoliucija – prisiejimo principo, pagal kurį atpildo norma nederamą elgesį susieja su bausme, o deramą – su atlygiu, transformavimosi rezultatas. Šis transformacijos procesas prasidėjo se-

[35] Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, pp. 259 ff. ir *Society and Nature*, pp. 249 ff.

novės graikų gamtos filosofijoje. Pažymėtina, kad graikų kalbos žodis, reiškiantis priežastį, *aitia*, pirmiau reiškė kaltę: priežastis yra „kalta“ dėl padarinio, ji atsako už padarinį; padarinys prisiejamas priežasčiai lygiai taip pat, kaip bausmė prisiejama deliktui. Vieną iš ankstyviausių priežastingumo dėsnio formuluočių teikia garsusis Heraklito fragmentas: „Jeigu Saulė nukryps nuo jai nurodyto kelio, tai erinijos, teisingumo tarnaitės, ją demaskuos.“ Gamtos dėsnis čia vis dar reiškiamas kaip teisės taisyklė: jeigu Saulė nesilaikys jai nurodyto kelio, ji bus nubausta. Juk erinijos yra graikų religijos keršto demonai, o Dikė – atpildo deivė. Normatyviniam gamtos aiškinimui transformuojantis į priežastinį, prisiejimo principui – į priežastingumo principą, lemiamas žingsnis buvo žmogaus suvokimas, kad daiktų santykiai (kitaip nei santykiai tarp žmonių) nepriklauso nuo žmogaus arba antžmogiškosios valios arba (tai visiškai tas pats) kad jų neapibrėžia normos: žmogus ima suvokti, kad daiktų elgesys nėra nei nurodytas, nei leistas kokio nors autoriteto. Atsikratyti animistinio (t. y. personalistinio) mąstymo apnašų priežastingumo principas galėjo tik palaipsniui. Pavyzdžiui, idėja, kad priežastingumas – tai absoliučiai būtinas priežasties ir padarinio santykis (tokia idėja dar vyravo XX a. pradžioje), neabejotinai kyla iš požiūrio, kad priežastį su padariniu susieja už žmogaus patyrimo srities ribų esančio absoliutaus visagalio transcendentinio autoriteto valia. Atsisakius šio požiūrio, jau niekas nekliudo iš priežastingumo sampratos pašalinti būtinumo elementą ir pakeisti jį vien tikimybės elementu. Tačiau jeigu šis būtinumo elementas išlaikomas, tai jo prasmė turi pasikeisti – absoliutų dieviškosios valios būtinumą, pasireiškiantį priežasties–padarinio ryšiu, turi pakeisti iš žmonių mąstymo kylantis būtinumas, t. y. jokių išimčių nepripažįstantis tam tikro žmogiškojo pažinimo postulato galiojimas.

21. PRIEŽASTINIS IR NORMATYVINIS SOCIALINIS MOKSLAS

Pripažinus priežastingumo principą, jį galima taikyti ir žmonių elgesiui. Psichologija, etnologija, istorija, sociologija – tai disciplinos, kurių objektas yra žmonių elgesys tiek, kiek jį lemia priežastingumo dėsniai, t. y. tiek, kiek šis elgesys priklauso gamtos, arba gamtinės tikrovės, sričiai. Jeigu disciplina apibūdinama kaip „socialinis mokslas“, nes ji tiria žmonių elgesį vienas kito atžvilgiu, tai tiek, kiek šis mokslas mėgina žmonių elgesį aiškinti priežastingumo požiūriu, jis iš esmės nesiskiria nuo tokių gamtos mokslų kaip fizika, biologija arba fiziologija. Kitas klausimas, kiek tokie priežastiniai žmonių elgesio aiškinimai yra galimi. Šiuo požiūriu minėti socialiniai mokslai nuo gamtos mokslų skiriasi tik laipsniu, bet ne iš esmės. Esminis skirtumas yra tik tarp gamtos mokslų ir tų socialinių mokslų, kurie žmonių elgesį vienas kito atžvilgiu interpretuoja ne pagal priežastingumo, o pagal prisiejimo principą; tai mokslai, aprašantys ne tai, koks yra priežastingumo dėsnių nulemtas gamtinės tikrovės sričiai priklausantis žmonių elgesys, o tai, koks jis privalo būti pagal tai, kaip jį apibrėžia „pozityviosios“, t. y. žmogaus sukurtos, normos. Jeigu mums čia rūpinti vertybių sritis yra priešpriešinama gamtinės tikrovės sričiai,

tai šias vertybes konstituoja pozityviosios normos; taigi tokių socialinių mokslų objektas jokiu būdu nėra nerealus – jis taip pat realus, tačiau jo tikrovė skiriasi nuo gamtinės tikrovės, nes tai – socialinė tikrovė. Šiems socialiniams mokslams priklauso etika (moralės mokslas) ir jurisprudencija (teisės mokslas). Jų pavadinimas normatyviniais mokslais reiškia ne tai, kad jie nustato žmonių elgesio normas, vadinasi, įsako, įgalina arba pozityviai leidžia tam tikrą elgesį, o tai, kad jie aprašo tam tikras žmonių sukurtas normas bei šiuo būdu sukuriamus žmonių tarpusavio santykius. Socialinis mokslininkas nėra socialinė valdžia. Jo užduotis yra ne reguliuoti žmonių visuomenę, bet ją pažinti ir aprašyti. Visuomenė, kaip normatyvinio socialinio mokslo objektas, yra normatyvinė žmonių elgesio vienas kito atžvilgiu tvarka. Žmonės visuomenei priklauso tiek, kiek jų elgesį tokia tvarka reguliuoja, t. y. įsako, įgalina arba pozityviai leidžia. Sakant, jog tam tikrą visuomenę konstituoja normatyvinė tvarka, reguliuojanti žmonių elgesį vienas kito atžvilgiu, reikia turėti galvoje, kad tvarka ir visuomenė nėra du skirtingi dalykai – tai vienas ir tas pats dalykas: visuomenė yra ne kas kita, kaip tik šioji tvarka, o jeigu visuomenė apibūdinama kaip bendruomenė, tarp šių žmonių „bendra“ yra ne kas kita, kaip jų elgesį vienas kito atžvilgiu reguliuojanti tvarka.

Tai ypač aiškiai matyti kalbant apie teisinę tvarką (arba jos konstituojamą teisinę bendruomenę), vienijančią skirtingų kalbų, rasių, religijų, pasaulėžiūrų ir (tai ypač pažymėtina) priklausančius skirtingoms antagonistinėms interesų grupėms žmones. Visi jie vieną teisinę bendruomenę sudaro tiek, kiek yra pavaldūs tai pačiai teisinei tvarkai, t. y. tiek, kiek jų elgesį vienas kito atžvilgiu reguliuoja ta pati normatyvinė tvarka. Tiesa, normatyvinė tvarka laikoma galiojančia tik tuo atveju, kai ji yra daugiau ar mažiau efektyvi; o jeigu normatyvinė tvarka, ypač teisinė tvarka, yra efektyvi, galima sakyti, kad jeigu iš tikrųjų yra socialinės tvarkos normų apibrėžtos sąlygos, tai tikėtina, jog atsiras su šiomis sąlygomis susieti padariniai, arba, kalbant apie teisinę tvarką, – kad jeigu padarytas teisinės tvarkos apibrėžiamas deliktas, tai tikėtina, jog bus ir teisinės tvarkos numatyta sankcija. Tariant, kad priežastį ir padarinį sieja ne absoliučiai būtinas, o tik tikėtinas ryšys ir kad priežastingumo esmė yra galimybė numatyti ateities įvykius, paaiškėja, jog teisės dėsniai nesiskiria nuo gamtos dėsnių ir todėl turi būti formuluojami kaip „sakiniai apie esamybę“, o ne kaip „sakiniai apie privalomybę“. Taip, kaip pirmieji numato būsimą gamtos elgesį, lygiai taip pat antrieji numato būsimą visuomenės (arba valstybės) elgesį. Gamtos dėsnis teigia: „Kaitinamas metalinis kūnas plečiasi“; teisės dėsnis teigia: „Jeigu žmogus vagia, teismas jį nubaus“. Remdamiesi šia prielaida, Amerikoje kai kurie žymūs vadinamosios realistinės jurisprudencijos mokyklos atstovai daro išvadą, kad teisė tik prognozuoja būsimuosius teismų sprendimus, t. y. teisė yra prognostinis mokslas[36]. Oponuojant šiam požiūriui reikia pasakyti, kad tvirtinimas, jog teisės dėsniai, kaip ir gamtos dėsniai, yra teiginiai apie būsimus įvykius, negali ko nors byloti apie teisinio autoriteto nustatomas normas – nei apie įstatymų leidėjo nustatytas bendrąsias normas, nei apie teismų sprendimais sukurtas individualiąsias normas; vadi-

[36] Plg. Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 165 ff.

nasi, jis išvis negali byloti ne apie teisę, bet tik apie teisę aprašančio teisės mokslo formuluojamas teisės taisykles. Kaip jau buvo pabrėžta, teisės normos nėra teiginiai – nei teiginiai apie būsimus, nei apie buvusius įvykius. Tiesa, jos paprastai daro nuorodą į būsimą žmonių elgesį, bet jos netvirtina, kad tas elgesys bus; užtat jos jį įsako, įgalina, leidžia. Kita vertus, teisės mokslo formuluojamos teisės taisyklės išties yra teiginiai – tačiau ne teiginiai, kad kažkas tikrai įvyks (kaip gamtos dėsniai), bet teiginiai, kad kažkas *privalo* įvykti pagal teisės mokslo aprašomą teisę. Neteisinga prieštarauti, esą teisės mokslas galiojančiomis pripažįsta tik tokias teisės normas, kurios yra efektyvios, ir kad dėl to, jog teisės taisyklės aprašo tik efektyvias teisės normas, teisės taisyklės yra teiginiai apie realius įvykius. Juk galiojimas ir efektyvumas nėra tas pats dalykas. Teisės norma galioja, net jeigu ji nėra visiškai efektyvi, – pakanka, kad ji būtų „daugiau ar mažiau“ efektyvi, t. y. kad ji būtų taikoma ir kad jos būtų tam tikru laipsniu laikomasi. Visuomet turi būti teisės normos neefektyvumo galimybė (kad tam tikrais atvejais jos galima netaikyti arba jos gali būti nesilaikoma). Būtent šiuo požiūriu aiškiausiai atsiskleidžia skirtumas tarp teisės dėsnio ir gamtos dėsnio. Jeigu nustatomas gamtos dėsnio neatitinkantis faktas, mokslas turi atsisakyti tokio dėsnio kaip netikslaus ir pakeisti jį kitu, šį faktą atitinkančiu. Tačiau jeigu tam tikras elgesys prieštarauja teisės normai (tenkinant sąlygą, kad toks elgesys yra palyginti nedažnas), teisės mokslas neturi jokio pagrindo pažeistą teisės normą laikyti negaliojančia, jokio pagrindo teisę aprašančią teisės taisyklę keisti kita teisės taisykle. Gamtos mokslų formuluojami gamtos dėsniai turi atitikti *faktus*, bet žmonių veikimo ir susilaikymo faktai *privalo* atitikti teisės mokslo aprašomas teisės normas. Būtent dėl šios priežasties teisę aprašančios teisės taisyklės turi būti teiginiai apie privalomybę.

Teisės painiojimas su teisės mokslu, būdingas vadinamajai realistinei jurisprudencijai, rodo, kad teisės normos sąvoką reikia skirti nuo teisės taisyklės sąvokos: pastaroji yra teisės dėsnis, analogiškas, bet netapatus gamtos dėsniui. Beje, abejotina, ar gamtos dėsniai iš tikrųjų yra būsimų įvykių prognozavimas. Priežastinis gamtos dėsnis verifikuojamas, jeigu juo remiantis galima numatyti ateities įvykį. Tačiau jis visų pirma funkcionuoja kaip jau įvykusio įvykio paaiškinimas – šis pateikiamas kaip padarinys tokio įvykio, kurį tas gamtos dėsnis apibrėžia kaip jo priežastį. Šiuo atveju jis kalba apie praeitį. Gamtos dėsniai grindžiami patyrimu, o mūsų patyrimas priklauso praeičiai, ne ateičiai. Kaip ateities prognozę, gamtos dėsnį galima taikyti tik remiantis abejotina prielaida, kad praeitis kartosis ateityje. Bet toliau į šią problemą nesigilinsime. Šiaip ar taip, teisės mokslui nekeliamas uždavinys prognozuoti teismų sprendimus. Jį domina ne tik teismų jau išleistos individualiosios normos, bet ir (ir visų pirma) įstatymų leidėjo bei papročiu sukurtos bendrosios teisės normos; šių bendrųjų normų kūrimą kažin ar galima prognozuoti, nes konstitucija paprastai nenustato įstatymų turinio – tik įstatymų leidybos procedūrą[37]. Tačiau teismų sprendimų prognozavimas iš esmės remiasi ta aplinkybe, kad teismai daugiau ar mažiau taiko įstatymų leidėjo arba papročiu sukurtas bendrąsias normas,

[37] Plg. § 35a.

tad prognozė tėra teiginys, kad teismai spręs taip, kaip jie privalo spręsti pagal galiojančias bendrąsias normas. Realistinės jurisprudencijos prognozės nuo normatyvinės jurisprudencijos (normatyvinio teisės mokslo) teisės taisyklių skiriasi tik tuo, kad šios prognozės – tai teiginiai apie *esamybę*, o ne teiginiai apie *privalomybę*, bet dėl to, kad jos yra teiginiai apie esamybę, jos neatskleidžia specifinės teisės prasmės. Tiek, kiek teismai savo sprendimais kuria naują teisę, prognozuoti taip pat neįmanoma, kaip ir prognozuoti įstatymų leidėjų kuriamas bendrąsias normas. Tačiau būtent bendrosios normos sudaro didžiąją teisės mokslą dominančios teisės dalį. Bet net ir tiek, kiek prognozavimas yra įmanomas, jis nėra teisės mokslo uždavinys, nes šis gali individualiąsias bei bendrąsias normas aprašyti tik po to, kai jos buvo sukurtos ir įsigaliojo. Būsimo teismo sprendimo numatymą būtų galima laikyti savo klientą konsultuojančio praktikuojančio teisininko darbo dalimi. Tačiau teisės pažinimo negalima painioti su teisiniu konsultavimu. Net jeigu daugiau ar mažiau efektyvią teisinę tvarką galima nusakyti teiginiais, kurie, kaip ir gamtos dėsniai, teigia, jog esant tam tikroms sąlygoms iš tikrųjų atsiranda tam tikri padariniai (t. y. jeigu padaroma tai, ką teisės taikymo organas pagal tą teisinę tvarką apibrėžia kaip deliktą, bus įvykdyta tos teisinės tvarkos numatyta sankcija), vis dėlto šitokio aprašymo siekia ne teisės mokslas. O teisės mokslas, formuluodamas teisės taisykles, aprašo ne priežastinį, bet normatyvinį savo objekto elementų ryšį, būtent – prisiejimo ryšį.

22. PRIEŽASTINGUMO IR PRISIEJIMO PRINCIPŲ SKIRTUMAI

Lingvistinė forma, kuria išreiškiamas ir priežastingumo principas, ir prisiejimo principas, – tai hipotetinis sprendinys, jog tam tikra sąlyga susiejama su tam tikru padariniu. Bet, kaip matėme, šios sąsajos prasmė abiem atvejais skiriasi. Priežastingumo principas skelbia: „Jeigu yra *a*, yra (bus) ir *b*.“ Prisiejimo principas skelbia: „Jeigu yra *a*, privalo būti ir *b*.“ Priežastingumo principo taikymo pavyzdžiu tam tikrame gamtos dėsnyje gali būti jau minėtas fizikos dėsnis, apibūdinantis kaitinimo poveikį metalams.

Toliau – keletas pavyzdžių, kaip normatyvinių socialinių mokslų srityje taikomas prisiejimo principas: jeigu kas nors padarė jums paslaugą, privalote jam parodyti dėkingumą; jeigu kas nors, gindamas savo šalį, paaukojo gyvybę, jo atminimą privalu gerbti; jeigu kas nors padarė nuodėmę, jis privalo atgailauti. Tai etiniai teiginiai, arba moralės dėsniai, išreiškiantys pozityviąsias normas, t. y. normas, nustatytas religinio lyderio arba sukurtas papročiu.

O štai pavyzdžiai teisės taisyklių arba teisės dėsnių, išreiškiančių pozityviąsias teisės normas, t. y. normas, išleistas įstatymų leidėjo arba sukurtas papročiu: jeigu kas nors padarė nusikaltimą, jis privalo būti nubaustas; jeigu kas nors negrąžina skolos, į jo turtą turi būti nukreiptas civilinis išieškojimas.

Kaip minėta, priežastingumas nuo prisiejimo skiriasi tuo, kad gamtos dėsnio išreiškiamas sąlygos (kaip priežasties) ir pasekmės (kaip padarinio) ryšys nėra sukurtas žmo-

nių sukurtos normos (kaip sąlygos ir pasekmės ryšys moralės arba teisės dėsniuose), bet yra nepriklausomas nuo žmogaus įsikišimo. Kadangi akto, moralės arba teisės dėsnyje sukuriančio sąlygos ir pasekmės ryšį, specifinė prasmė yra „norma“, galime kalbėti apie „priežastinį“ ryšį, besiskiriantį nuo „normatyvinio“ ryšio. „Prisiejimas“ nusako normatyvinį ryšį. Būtent jį, ir nieko daugiau, išreiškia žodis „privalo“, vartojamas moralės arba teisės dėsnyje.

Priežastingumo principą nuo prisiejimo principo skiria dar vienas bruožas: kiekviena konkreti priežastis laikytina kitos priežasties padariniu, o kiekvienas konkretus padarinys – kito padarinio priežastimi; tad pagal priežastingumo prigimtį priežasčių ir padarinių grandinė yra begalinė abiem kryptimis. Dar reikia pridurti, kad kiekvienas konkretus įvykis teoriškai yra nesuskaičiuojamų priežastinių grandinių sankirtoje.

Prisiejimo atveju padėtis yra kitokia. Sąlyga, kuriai moralės arba teisės dėsnis prisieja padarinį (kaip antai patriotinei mirčiai prisieja pagarbą, paslaugai – dėkingumą, nuodėmei – atgailą, nusikaltimui – bausmę), – visos šios sąlygos nebūtinai yra padariniai, prisietini kitoms sąlygoms. O padariniai (pagarba, dėkingumas, atgaila, bausmė) nebūtinai turi būti sąlygos, kurioms turi būti prisiejami dar kiti padariniai. Prisiejimo grandinėje grandžių skaičius nėra, kaip priežastingumo grandinėje, beribis – jis ribotas. Prisiejimo grandinėje esama galutinio taško, bet nieko panašaus nėra priežastingumo grandinėje. Pirmosios priežasties, *prima causa*, analogiškos prisiejimo grandinės galutiniam taškui, preziumavimas yra nesuderinamas su priežastingumo idėja arba bent jau su ta priežastingumo idėja, kurią išreiškia klasikinės fizikos dėsniai. Pirmosios priežasties idėja, kuriai, kaip Dievo kuriančiajai valiai arba žmogaus laisvai valiai, religinėje metafizikoje tenka lemiamas vaidmuo, taip pat yra pirmykščio mąstymo, kuriame priežastingumo principas dar nėra išsivadavęs iš prisiejimo principo, recidyvas.

23. VALIOS LAISVĖS PROBLEMA

Fundamentalus prisiejimo ir priežastingumo skirtumas, būtent tai, kad prisiejime esama galutinio taško, o priežastingume – ne, lemia tai, kad visuomenei būdinga laisvė, tokia esminė normatyviniams žmonių tarpusavio santykiams, yra priešinga gamtoje vyraujančiam būtinumui. Tai, kad žmogus kaip gamtos dalis nėra laisvas, reiškia, jog jo elgesį, jeigu į jį žvelgiama kaip į gamtos faktą, pagal gamtos dėsnius lemia kiti faktai, kitaip tariant, jo elgesį reikia laikyti tokių faktų padariniu, taigi ir jų nulemtu. Tačiau tai, kad žmogus yra „laisvas“ kaip moralinis arba teisinis asmuo ir todėl „atsakingas“, reiškia ką kita. Jeigu asmuo laikomas atsakingu (moraliai arba teisiškai) už savo moralų arba amoralų, teisėtą arba neteisėtą elgesį, t. y. jeigu žmogaus elgesys pagal tam tikrą moralės arba teisės dėsnį yra interpretuojamas kaip nuopelnas, nuodėmė arba deliktas ir jeigu nuopelnui prisiejamas atlygis, nuodėmei – atgaila, o deliktui – sankcija, tai šis prisiejimas ir baigiasi elgesio interpretavimu kaip nuopelno, nuodėmės arba delikto. Tiesa, įprasta sakyti, kad nuopelnas, nuodėmė arba deliktas yra prisiejami žmogui, atsakančiam už savo elgesį. Tačiau tikroji šio pa-

sakymo prasmė yra ta, kad žmogus privalo būti atlygintas už savo nuopelną (tiksliau, atlygintas privalo būti šio žmogaus nuopelnas), kad žmogus privalo atgailauti už savo nuodėmę (tiksliau, atgailos privalo sulaukti šio žmogaus nuodėmė), kad nusikaltėlis privalo būti baudžiamas (tiksliau, pelnytos bausmės privalo sulaukti jo nusikaltimas). Žmogui prisiejamas ne elgesys, kuris yra apibrėžiamas kaip nuopelnas, nuodėmė arba nusikaltimas, – toks prisiejimas būtų perteklinis, nes žmogaus elgesio negalima atskirti nuo besielgiančiojo žmogaus. Jeigu žmogui pasielgus pagirtinai, nusidėjus arba padarius nusikaltimą yra keliamas prisiejimo klausimas, tai nėra klausimas: *kas* pasielgė pagirtinai, nusidėjo arba padarė nusikaltimą? – nes tai būtų fakto klausimas; moralinis arba teisinis prisiejimo klausimas veikiau yra toks: kas atsako už šį elgesį? O šis klausimas reiškia: kas privalo būti atlygintas arba kas privalo atgailauti arba būti baudžiamas? Būtent atlygis, atgaila, bausmė kaip specifiniai padariniai yra prisiejami specifinėms sąlygoms. O toji sąlyga – tai elgesys, interpretuojamas kaip nuopelnas, nuodėmė arba nusikaltimas. Atlygio prisiejimas nuopelnui, atgailos – nuodėmei, o bausmės – nusikaltimui apima ir prisiejimą žmogui, nors tik pastarąjį prisiejimą įprasta kalbos vartosena išreiškia aiškiai.

Moralinės arba teisinės atsakomybės problema iš pagrindų siejasi su atpildo problema: atpildas yra atlygio prisiejimas nuopelnui, atgailos – nuodėmei, o bausmės – nusikaltimui. Atpildo principas normą atitinkantį elgesį susieja su atlygiu, o normai priešingą elgesį – su atgaila arba bausme. Taigi jis *preziumuoja* normą, kuri įsako arba draudžia tokį elgesį, arba pats *yra* norma, kuri su tam tikru elgesiu susieja bausmę ir vien tuo jį draudžia. Tačiau elgesys, kuris yra tiesioginė atlygio, atgailos arba bausmės sąlyga, pats gali būti įsakytas arba draudžiamas kaip tam tikros sąlygos padarinys. Jeigu prisiejimu laikome kiekvieną žmogaus elgesio sąsają su sąlyga, kuriai esant jis yra įsakytas arba draudžiamas tam tikros normos[38], tai ir elgesį, kuriam, kaip tiesioginei sąlygai, prisiejamas atlygis, atgaila arba bausmė, galima prisieti sąlygai, kuriai esant jis pats yra įsakytas arba draudžiamas.

Pavyzdžiui, moralė reikalauja, kad jeigu kam nors reikia pagalbos, jam privalu padėti; kai kas nors šio reikalavimo laikosi, jo elgesiui privalu pritarti, jeigu nesilaiko, jo elgesiui privalu nepritarti. Pritarimo ir nepritarimo sankcijos prisiejamos jų tiesioginei sąlygai – įsakytajai pagalbai ir draudžiamai nepagalbai; įsakytoji pagalba prisiejama faktui, kurio tiesioginė sąlyga yra būtent tai, kad kažkam reikia pagalbos. Šis faktas yra pritarimo pagalbai (kaip sankcijos) arba nepritarimo nepagalbai netiesioginė sąlyga. Kitas pavyzdys: teisė reikalauja, kad jeigu kas nors gauna paskolą ir jos negrąžina, į jo turtą privalo būti nukreiptas civilinis išieškojimas (kaip sankcija). Civilinio išieškojimo sankcija prisiejama skolos negrąžinimui, apibrėžiamam kaip deliktas, – negrąžinimas yra tiesioginė šios sankcijos sąlyga; reikalaujamas grąžinimas prisiejamas jau savajai tiesioginei sąlygai – paskolos gavimui. Šis faktas yra netiesioginė išieškojimo, kaip sankcijos, sąlyga. Už šios netiesioginės sankcijos sąlygos nėra jokio prisiejimo. Tačiau atlygis, atgaila, bausmė (apimanti ir civilinį išieškojimą) prisiejami ne netiesioginei jų sąlygai, o tik jų tiesioginei sąlygai – nuo-

38 Plg. § 24 ir § 30c.

pelnui, nuodėmei, deliktui. Atlygis, atgaila, bausmė prisiejami ne tai sąlygai, kuriai esant tam tikras elgesys įsakomas kaip pagirtinas arba draudžiamas, nes yra nuodėmingas arba neteisėtas; jie prisiejami žmogui, kurio elgesys atitinka įsakymą arba jam prieštarauja, tiksliau, įsakymą atitinkantis jo elgesys atlyginamas, o priešingas elgesys baudžiamas. Štai šiuo elgesiu ir baigiasi prisiejimas, konstituojantis jo moralinę arba teisinę atsakomybę.

Tačiau jeigu tam tikras įvykis yra tam tikros priežasties padarinys, o šioji priežastis, kaip visuomet būna, pati turi priežastį, tai ir toji priežastis, kaip *causa remota*, yra aptariamojo įvykio priežastis. Šis įvykis nurodo ne tik savo tiesioginę priežastį, bet ir visas netiesiogines priežastis, tad jis yra interpretuojamas kaip visų šių begalinę grandinę sudarančių priežasčių padarinys. Svarbiausia yra štai kas: elgesys, kuris pagal normatyvinę (t. y. moralinę arba teisinę) tvarką laikomas galutiniu prisiejimo tašku, priežastinėje tvarkoje yra ne galutinis taškas (nei kaip priežastis, nei kaip padarinys), o tik begalinės grandinės grandis.

Būtent tai yra tikroji idėjos, kad žmogus, kaip moralinės arba teisinės tvarkos subjektas, t. y. kaip visuomenės narys ir kaip moralinis arba teisinis asmuo, yra „laisvas“, prasmė. Žmogus, pavaldus tam tikrai moralinei arba teisinei tvarkai, yra „laisvas“ tuo atžvilgiu, kad jis yra tam tikro prisiejimo, galimo tik šios normatyvinės tvarkos pagrindu, galutinis taškas. Tačiau įprastu požiūriu laisvė suvokiama kaip priežastinio determinizmo priešybė. Buvimas „laisvu“ reiškia nepavaldumą priežastingumo dėsniui. Paprastai sakoma: kadangi žmogus yra laisvas arba laisva yra jo valia (o įprastu požiūriu tai reiškia, kad jo elgesys nėra pavaldus jį apibrėžiančiam priežastingumo dėsniui tiek, kiek jo valia yra padarinių priežastis, bet ne priežasčių padarinys), tai jis yra atsakingas, t. y. jam galima ką nors moraliai arba teisiškai prisieti. Tik todėl, kad žmogus yra laisvas, jis gali atsakyti už savo elgesį: gali būti baudžiamas už nusikaltimus, iš jo gali būti tikimasi atgailos už nuodėmes, jam galima atlyginti už nuopelnus. Tačiau prielaida, kad atsakomybę (vadinasi, prisiejimą) galimą daro tik žmogaus laisvė (t. y. ta aplinkybė, kad jis nepavaldus priežastingumo dėsniui), atvirai prieštarauja socialinio gyvenimo faktams. Normatyvinės, elgesį reguliuojančios tvarkos, kuri yra bet kokio prisiejimo pagrindas, sukūrimas iš tikrųjų suponuoja tai, kad žmogaus valia yra priežastingai determinuota, tad ir nėra laisva. Juk neabejotina tokios tvarkos paskirtis – skatinti žmones elgtis taip, kaip toji tvarka įsako: tam tikrą elgesį įsakančias normas padaryti tikėtinais žmogaus valią elgtis pagal šias normas nulemiančiais motyvais. Tai reiškia, kad normos, įsakančios tam tikrą elgesį, idėja tampa normą atitinkančio elgesio priežastimi. Tik todėl, kad normatyvinė tvarka (kaip žmonių, kurių elgesį ji reguliuoja, idėjų turinys) pati įsiterpia į priežastingumo procesą, į priežasčių ir padarinių grandinę, ši tvarka vykdo savo socialinę funkciją. Ir tik šios normatyvinės tvarkos, suponuojančios tokį priežastingumą jai pavaldžių žmonių valios atžvilgiu, pagrindu yra galimas prisiejimas.

Kaip jau buvo sakyta[39], būtų beprasmiška išleisti normą, įsakančią, kad privalu daryti tai, kas, kaip iš anksto žinoma, neišvengiamai visada visur ir turi įvykti pagal gamtos

[39] Plg. p. 49–50.

dėsnius. Atrodo, kad taip pripažįstama, jog normatyvumas ir priežastingumas yra tarpusavyje nesuderinami dalykai. Tačiau taip nėra. Norma, kad mes privalome kalbėti tiesą, nėra beprasmė, nes neturime pagrindo manyti, jog esama kokio nors gamtos dėsnio, pagal kurį žmonės visada ir visur privalo kalbėti tiesą; mes žinome, jog kartais žmonės sako tiesą, o kartais meluoja. Tačiau ir tada, kai žmogus sako tiesą, ir tada, kai meluoja, jo elgesys yra priežastingai determinuotas, t. y. nulemtas gamtos dėsnio. Tačiau tai ne dėsnis, pagal kurį visada reikia kalbėti tiesą arba visada meluoti, bet kitas gamtos dėsnis, pavyzdžiui, tas, pagal kurį žmogus renkasi tokį elgesį, iš kokio tikisi daugiausia naudos. Normos, kad privalu kalbėti tiesą, idėja gali (pagal šį gamtos dėsnį) būti normą atitinkančio elgesio motyvas. Norma, nustatanti, kad žmogus privalo nemirti, būtų beprasmė, nes iš anksto žinome, kad pagal gamtos dėsnį visi žmonės turi mirti. Tokios normos idėja negali tapti efektyviu normą atitinkančio, tačiau gamtos dėsniui priešingo elgesio motyvu. Tokios normos idėja yra beprasmė būtent todėl, kad stokoja priežastinio efektyvumo.

Kartais pripažįstama, jog žmogaus valia, kaip bet koks kitas reiškinys, iš tikrųjų yra priežastingai determinuota, bet tvirtinama, jog tam, kad būtų galimas moralinis-teisinis prisiejimas, žmogus turi būti traktuojamas taip, *tarsi* jo valia būtų laisva; vadinasi, tikima, kad būtina valios laisvę (t. y. priežastinį nedeterminuotumą) išlaikyti kaip būtiną fikciją.

Tačiau jeigu prisiejimą suvokiame kaip faktų ryšį, besiskiriantį nuo priežastingumo, bet jam anaiptol neprieštaraujantį, ši fikcija tampa nereikalinga.

Kadangi objektyvaus valios determinavimo priežastingumo dėsniais paneigti negalima, kai kurie autoriai yra įsitikinę galį prisiejimo galimybę paaiškinti ta subjektyvia aplinkybe, kad žmogus, nors ir nebūdamas laisvas, klaidingai tiki esąs laisvas; prielaidą, kad žmogus tiki esąs laisvas, jie grindžia ta aplinkybe, kad padaręs teisės pažeidimą arba moralinį nusižengimą jis jaučia sąžinės graužatį. Bet tai nėra tiesa. Sąžinės graužatį dėl padaryto nusižengimo jaučia toli gražu ne visi žmonės. O svarbiausia, daugelis jų nelaiko nusižengimu to, kas yra nusižengimas tos moralinės arba teisinės tvarkos, pagal kurią jie gyvena, požiūriu; be to, kas yra nusižengimas, skirtingose teisinėse arba moralinėse tvarkose skiriasi. Žmonės jaučia sąžinės graužatį ir tada, kai mano tai, ką patys laiko nusižengimu, padarę veikiami motyvo, stipresnio už motyvą, vertusį juos susilaikyti nuo tokio poelgio. Sąžinės graužatį gali jausti net įsitikinęs deterministas, padaręs tai, ką pats laiko nusižengimu; lygiai taip pat net įsitikinusio deterministo pažiūros nebūtinai jam padiktuoja išvadą, kad moralės arba teisės draudžiamo elgesio nereikia smerkti arba bausti, t. y. kad čia negalimas joks prisiejimas. Prisiejimas nesuponuoja nei priežastinio nedeterminuotumo fakto arba fikcijos, nei subjektyvaus klaidingo tikėjimo žmogaus laisve.

Kai kurie autoriai tariasi atradę štai kokį būdą pašalinti priešpriešą tarp valios laisvės, kaip būtinosios prisiejimo sąlygos, ir priežastingumo principo, lemiančio visus įvykius: žmogus moraliai arba teisiškai atsako už tai, kas įvyko, jeigu to įvykio priežastis buvo arba jo valios aktas, arba tai, kad tokio valios akto, galėjusio šiam įvykiui užkirsti kelią, nebuvo. Šių autorių įsitikinimu, tai, kad žmogus yra laisvas, reiškia, jog jis

suvokia galįs veikti taip, kaip nori. Jų nuomone, tokios aplinkybės yra visiškai suderinamos su griežtu determinizmu, nes valios aktas arba akto nebuvimas yra priežastingai determinuoti.

Mėginimas apginti valios laisvės idėją ją interpretuojant kaip suvokimą, kad asmuo gali veikti taip, kaip nori, turi žlugti. Juk suvokti, kad asmuo gali veikti taip, kaip nori, tolygu žinoti, kad mūsų aktų priežastis yra mūsų valia. Bet problema ne ta, ar mūsų veiksmų priežastis yra mūsų valia (to neneigia ir indeterminizmas), o veikiau ta, ar pati mūsų valia yra, ar nėra priežastingai determinuota. Jeigu minėtas mėginimas – ne tik valios laisvės neigimas, o problemos sprendimas, neatsisakant prielaidos, kad atsakomybė galima tik tenkinant valios laisvės sąlygą, tai taip tik pakeičiama problema. Šitaip pateikiant problemą įrodoma tik tai, kad, nors valia yra priežastingai determinuojama, moralinis-teisinis prisiejimas yra galimas ir iš tikrųjų vyksta.

Dažnai tvirtinama, jog prielaida, esą žmogaus valia yra laisva (t. y. tai nėra priežastingai determinuota valia), yra būtina norint paaiškinti, kodėl moraliai-teisiškai atsako tik žmonės, o ne daiktai, gyvuliai arba gamtos įvykiai, kodėl prisiejimas galimas tik žmogui. Tačiau prisiejimas galimas tik žmogui dėl to ir tiek, kiek moralinės ir teisinės tvarkos įsako tik žmonių elgesį, o tai jos daro dėl to, kad tariama, jog jų normų idėja kuria tik žmogaus valios aktus, kurie savo ruožtu yra įsakytojo elgesio priežastis. Tad paaiškinimas yra ne valios laisvė, bet, priešingai, žmogaus valios priežastinis determinuotumas.

Kitas argumentas, ginantis valios laisvės dogmą, yra nurodymas tos aplinkybės, kad tam tikrais atvejais šiuolaikinės teisinės tvarkos atleidžia nuo atsakomybės (t. y. nuo prisiejimo), nes, kaip teigiama, tokiais atvejais negalima manyti, kad atliktas laisvos valios aktas. Antai už savo elgesį ir jo padarinius atsakingais nelaikomi vaikai bei psichiniai ligoniai ir net psichiškai sveiki suaugę žmonės, jeigu jie patyrė „nenugalimą prievartą“. Dviejų pirmųjų atvejų paaiškinimą teikia prielaida, kad vaikai bei psichikos ligoniai (dėl jų sąmonės būklės) nėra arba nepakankamai yra veikiami (kaip priežasties) teisės normų idėjos, kad elgtųsi pagal šias normas; kiti motyvai paprastai būna stipresni už šias idėjas, juo labiau kad tokie individai teisės normų nė nežino. Tačiau dėl psichiškai sveikų suaugusių žmonių galima daryti prielaidą, kad teisės normų ir jų pažeidimo sukeliamų blogų padarinių idėja paprastai yra stipresnis motyvas už motyvus, skatinančius neteisėtą elgesį. Žinoma, pastarieji motyvai gali būti stipresni net psichiškai sveikam suaugusiam žmogui, bet tai būtų tik išimtys. Šiuolaikinės teisinės tvarkos suponuoja normalų žmogų ir normalią visumą išorinių aplinkybių, kuriomis žmonės veikia, būdami priežastingai determinuoti. Jeigu toks žmogus tokiomis aplinkybėmis elgiasi taip, kaip teisinė tvarka draudžia, pagal tą teisinę tvarką jis atsako už savo elgesį ir jo padarinius. Jeigu jis, būdamas determinuotas kitokių priežastinių aplinkybių, nei tos, kurias suponuoja teisinė tvarka, elgiasi taip, kaip teisinė tvarka draudžia, tai sakoma, kad jis veikė patirdamas nenugalimos prievartos įtaką. Iš tikrųjų žmogus visada veikia patirdamas nenugalimos prievartos įtaką, nes jo veiksmai visada yra priežastingai determinuoti, o priežastingumas iš prigimties yra nenugalima prievarta. Tai, ką teisės terminija vadina „ne-

nugalima prievarta", iš tikrųjų tėra ypatingas nenugalimos prievartos atvejis, būtent tas, už kurį teisinė tvarka nenustato atsakomybės. Kai yra prisiejimas, visada yra ir nenugalima prievarta. Bet ne kiekvienu nenugalimos prievartos atveju esama prisiejimo.

Galiausiai turime paminėti požiūrį, pagal kurį determinizmą ir moralinę-teisinę atsakomybę galima laikyti suderinamais tik nurodant tą aplinkybę, kad mūsų žinios apie žmonių elgesio priežastinį determinuotumą yra nepakankamos, t. y. kad mes nežinome arba nepakankamai žinome, kokios priežastys determinuoja žmonių elgesį. Jeigu tikrai žinotume visas šias priežastis, asmens negalėtume laikyti atsakingu už savo elgesį bei jo padarinius; iš čia posakis: „Viską suprasti – vadinasi, viską atleisti". Suprasti žmogaus elgesį – tai pažinti jo priežastis; atleisti – tai nustoti jį laikyti atsakingu už savo elgesį, nustoti jį smerkti arba bausti, nustoti sieti jo elgesį su sankcija, – žodžiu, atsižadėti prisiejimo. Tačiau daugeliu atvejų, kai žmogaus elgesio priežastys žinomos, vadinasi, jo elgesys suprantamas, prisiejimo principo neatsižadama, elgesys nėra atleidžiamas. Minėtas posakis remiasi klaidinga prielaida, kad priežastingumas pašalina prisiejimą.

Iš čia išplaukia, kad prisiejimą daro galimą ne laisvė, t. y. valios nedeterminuotumas, bet jos priešybė – priežastinis valios determinuotumas. Ne sankcija individo elgesiui yra prisiejama todėl, kad jis yra laisvas, o veikiau jis yra laisvas todėl, kad jo elgesiui prisiejama sankcija. Prisiejimą ir laisvę (šia prasme) išties sieja esminis ryšys. Tačiau ši laisvė negali pašalinti priežastingumo ir iš tikrųjų jo nepašalina. Kad teiginys, jog žmogus, kaip moralinė arba teisinė asmenybė, yra laisvas, turėtų kokią nors prasmę, šią moralinę arba teisinę laisvę reikia suderinti su priežastiniu jo elgesio determinuotumu. Žmogus yra laisvas dėl to ir tiek, kiek tam tikram jo elgesiui, kaip padariniai, prisiejami atlygis, atgaila arba bausmė, – ne, ne dėl to, kad šis elgesys nėra priežastingai determinuotas, bet dėl to, kad jis *yra* priežastingai determinuotas. Žmogus yra laisvas dėl to, kad jo elgesys yra galutinis prisiejimo taškas. O galutiniu prisiejimo tašku šis elgesys gali būti net tuo atveju, kai jis yra priežastingai determinuotas. Todėl gamtinės tvarkos priežastingumas ir laisvė moralinės arba teisinės tvarkos sąlygomis nėra tarp savęs nesuderinami dalykai, kaip nėra nesuderinami dalykai gamtinė tvarka ir teisinės-moralinės tvarkos – jos nėra nesuderinamos vien todėl, kad pirmoji yra tvarka to, kas *yra*, o antrosios – tai tvarkos to, kas *privalo* būti. Nesuderinamumas, kaip loginio prieštaravimo padarinys, gali atsirasti tik tarp teiginio, kad kažkas *yra*, ir teiginio, kad to *nėra*, arba tarp teiginio, kad kažkas *privalo* būti, ir teiginio, kad to *privalo nebūti*, o ne tarp teiginio, kad kažkas *yra*, ir teiginio, kad to *privalo nebūti.*

24. KITOKIE NEI ŽMONIŲ ELGESYS FAKTAI KAIP SOCIALINIŲ NORMŲ TURINYS

Prisiejimo principas savo pirmine prasme sieja du žmonių elgesio aktus: vieno individo elgesį su kito individo elgesiu, kaip antai moralės dėsnis, atlygį susiejantis su nuopelnu, arba teisės taisyklė (žr. 16 skirsnį), bausmę susiejanti su nusikaltimu; arba indi-

vido vieną elgesį jis sieja su kitu to paties individo elgesiu, kaip antai religinės tvarkos taisyklė, atgailą susiejanti su nuodėme. Visais šiais atvejais normos nustatytąjį žmogaus elgesį sąlygoja kitas žmogaus elgesys: sąlyga ir padarinys yra žmogaus elgesio aktai. Tačiau socialinės tvarkos normos nebūtinai turi nurodyti žmogaus elgesį – jos gali nurodyti ir kitokius faktus. Kaip jau minėjome kitame kontekste, norma gali drausti tam tikrą elgesį, sukeliantį tam tikrą padarinį (pavyzdžiui, nužudymą), norma taip pat gali įsakyti tam tikrą elgesį, kurį sąlygoja ne tik kito individo elgesys, bet ir kiti faktai, kaip antai moralės norma, pagal kurią reikia mylėti savo artimą: jeigu kas nors kenčia, privalai išvaduoti jį iš kančios; arba kaip teisės norma, pagal kurią, jeigu kas nors dėl savo psichikos ligos kelia visuomenei grėsmę, jis privalo būti priverstinai internuojamas. Atpildo principu grindžiamas prisiejimas (reiškiantis moralinę ir teisinę atsakomybę) – tai tik ypatingas, nors ir svarbiausias, prisiejimo platesne prasme (t. y. žmogaus elgesio sąsajos su sąlyga, kuriai esant norma įsako šį elgesį) atvejis. Bet koks atpildas yra prisiejimas, bet ne bet koks prisiejimas yra atpildas. Pažymėtina, beje, kad normos gali nurodyti individus, nenurodydamos jų elgesio, kaip, pavyzdžiui, atsakomybės už kito padarytą deliktą atveju, o ypač kolektyvinės atsakomybės atveju.

Jeigu teiginyje, kad tam tikromis sąlygomis privalomas yra ir tam tikras žmonių elgesys, tos sąlygos apima ne vien žmonių elgesį, ir, be to, jeigu ir tokiu atveju ryšys tarp sąlygojančio fakto ir sąlygojamo žmogaus elgesio apibūdinamas kaip „prisiejimas“, ši sąvoka vartojama platesne nei įprasta prasme. Juk padarinys prisiejamas ne tik žmogaus elgesiui (arba, vartojant teisinę terminiją, padarinys prisiejamas ne tik asmeniui), bet ir faktams arba išorinėms aplinkybėms. Tačiau prisiejamas visada žmogaus elgesys.

25. KATEGORINĖS NORMOS

Atrodo, kad kai kurios socialinės normos tam tikrą elgesį įsako besąlygiškai (bet kuriomis aplinkybėmis) ir šiuo atveju yra kategorinės, t. y. priešingos hipotetinėms normoms. Tai tam tikros normos, įsakančios neveikti (susilaikyti): nežudyk; nevok; nemeluok. Jeigu šios normos iš tikrųjų būtų kategorinės, tokių normų sukuriamos socialinės situacijos būtų neįmanoma normatyviai interpretuoti teiginiu, du elementus susiejančiu kaip sąlygą ir padarinį; tada būtų negalima taikyti prisiejimo principo. Bet net normos, reikalaujančios susilaikyti, negali būti kategorinės. Akivaizdu, kad pozityvaus veiksmo negalima įsakyti besąlygiškai, nes veiksmas galimas tik esant tam tikroms sąlygoms. Tačiau net susilaikyti negalima nurodyti besąlygiškai; priešingu atveju tų normų nebūtų galima besąlygiškai laikytis arba jų pažeisti. Susilaikyti taip pat galima tik tam tikromis sąlygomis. Žmogus negali žudyti, vogti, meluoti bet kuriomis aplinkybėmis, tačiau tik tam tikromis sąlygomis – dėl to jis tik esant šioms sąlygoms ir gali susilaikyti nuo žudymo, vogimo arba melavimo. Sąlyga, kuriai esant reikalaujama susilaikyti nuo tam tikro veiksmo, yra visų aplinkybių, kurioms esant toks veiksmas galimas, visuma. Be to, empirinėje visuomenėje negalimi jokie reikalavimai (vadinasi, ir reikalavimai susilaikyti),

neleidžiantys jokių išimčių. Net tokie pamatiniai draudimai, kaip draudimas žudyti, paimti kito nuosavybę be jo leidimo arba meluoti, galioja tik su tam tikromis išlygomis. Pozityviosios teisinės tvarkos visada turi numatyti sąlygas, kuriomis nėra draudžiama žudyti, paimti nuosavybę arba meluoti. Tai taip pat rodo, jog visos empirinės socialinės tvarkos bendrosios normos (ir bendrosios susilaikymo normos) gali reikalauti tam tikro elgesio tik tam tikromis sąlygomis. Todėl kiekviena bendroji norma nustato santykius tarp dviejų faktų kompleksų, nusakomus teiginiu: tam tikromis sąlygomis privalo atsirasti tam tikri padariniai. Kaip jau buvo parodyta, šitaip formuluojamas prisiejimo principas, besiskiriantis nuo priežastingumo principo. Tik individualiosios normos gali būti kategorinės tuo atžvilgiu, kad jos besąlygiškai įsako, įgalina arba pozityviai leidžia tam tikro individo tam tikrą elgesį, pavyzdžiui, kai teismas įsako tam tikram organui tam tikrą civilinį išieškojimą nukreipti į tam tikrą turtą arba tam tikram organui įkalinti tam tikrą nusikaltėlį tam tikram laikui. Tačiau net ir individualiosios normos gali būti hipotetinės, t. y. jos gali tam tikro individo tam tikrą elgesį nurodyti tik sąlygiškai, pavyzdžiui, kai teisėjas įsako civilinį išieškojimą nukreipti į skolą grąžinti vėluojančio skolininko turtą, jeigu tenkinama sąlyga, kad šis skolininkas per tam tikrą laiką negrąžins skolos, arba kai teisėjas įsako įvykdyti tam tikram individui bausmę, jeigu tenkinama sąlyga, kad individas per nustatytą laiką padarys naują baudžiamąjį deliktą.

26. PRIVALOMYBĖS NEIGIMAS; TEISĖ KAIP IDEOLOGIJA

Normatyvinio teisės mokslo (teisės mokslo, aprašančio teisę kaip normų sistemą) galimumas kartais kvestionuojamas argumentuojant, kad „privalomybės" samprata (kurią išreiškia norma) esanti beprasmė arba tik ideologinis paklydimas. Iš to daroma išvada, kad normatyvinio teisės mokslo (teisės mokslo, siekiančio pažinti normas) negali būti, t. y. kad teisės mokslas galimas tik kaip teisės sociologija. Teisės sociologija faktus sieja ne su galiojančiomis normomis, bet su kitais faktais kaip priežastimis ir padariniais. Pavyzdžiui, sociologija tiria, kokios priežastys paskatino įstatymų leidėją išleisti tas, o ne kitas normas ir kokius padarinius šie įstatymų leidybos aktai sukėlė. Teisės sociologija aiškinasi, kokį poveikį įstatymų leidėjų arba teisėjų veiklai daro ekonominiai veiksniai arba religinės idėjos ir kokie motyvai lemia, kad žmonės laikosi arba nesilaiko teisinės tvarkos. Taigi teisės sociologijoje pažinimo objektas yra ne pati teisė, bet tam tikri lygiagretūs gamtos reiškiniai. Panašiai fiziologas, tiriantis cheminius arba fizikinius procesus, lemiančius arba lydinčius tam tikrus jausmus, nesuvokia pačių šių jausmų, nes jų, kaip psichologinių reiškinių, chemijos arba fizikos priemonėmis iš tikrųjų negalima suvokti. Grynąją Teisės Teoriją, kaip ypatingą teisės mokslą, domina teisės normos; jos nedomina faktai; ją domina ne valios aktai, kurių prasmė yra teisės normos, bet teisės normos kaip valios aktų prasmė. O faktai Grynajai Teorijai rūpi tik tiek, kiek juos apibrėžia teisės nor-

mos kaip valios aktų prasmės, ir tik šios prasmės bei jų tarpusavio santykiai yra Grynosios Teisės Teorijos dalykas.

Jeigu „privalomybės“ samprata atmetama kaip beprasmė, tai teisėkūros aktus galima suvokti tik kaip būdą sužadinti tam tikrą žmonių, kuriems jie adresuojami, elgesį, t. y. kaip tam tikrų padarinių priežastis. Tada tikima, kad teisinę tvarką galima suvokti vien kaip tam tikrą žmonių elgesio dėsningumą. Normatyvinė teisėkūros aktų prasmė ignoruojama sąmoningai, tikint, jog negalima daryti prielaidos, kad „privalomybės“ prasmė yra kitokia nei „esamybės“ prasmė. Tačiau tokiu atveju akto, kuriuo teisinis autoritetas įsako, įgalina arba pozityviai leidžia, prasmę galima moksliškai apibūdinti tik kaip mėginimą žmonėms įdiegti tam tikras idėjas, kurių motyvacinė galia lemia tai, kad jie elgiasi tam tikru būdu. Norma, kad „privalu“ nevogti arba kad vagis „privalo“ būti nubaustas, redukuojama į teiginį, kad kai kurie individai siekia paskatinti kitus nevogti arba nubausti vagį, taip pat kad žmonės paprastai susilaiko nuo vagystės, o tais išimtiniais atvejais, kai vagystė įvykdoma, vagis yra nubaudžiamas. Į teisę – kaip į ryšį tarp teisę kuriančių ir teisės besilaikančių žmonių – žvelgiama kaip į tam tikrą išmonę, kurią galima palyginti, tarkime, su medžiotojo išmone, kai šis, palikęs jauką, tikisi laimikio. Šis palyginimas tinka ne tik todėl, kad abiejuose procesuose motyvacijos faktas yra esminis; jis tinka dar ir todėl, kad, į teisę žvelgiant čia nurodytu būdu, teisės traktavimas kaip normos reiškia, jog ji traktuojama kaip apgaulė (įstatymų leidėjo arba teisės mokslo). Šiuo požiūriu jokių „normų“ nėra, o teiginiai, esą tas arba kitas dalykas „privaląs“ būti, neturi jokios prasmės – net specifinės pozityviosios teisinės prasmės, kuri skirtųsi nuo moralinės prasmės. Laikantis tokio požiūrio yra atsižvelgia tik į gamtinius, priežastingai susijusius įvykius bei į teisės aktus kaip faktus, o ne į specifinę jų prasmę. Interpretuojant sociologiškai, ši specifinė prasmė, „privalomybė“, tėra ideologinis paklydimas, todėl jam nėra vietos moksliniame teisės aprašyme.

Tokio paklydimo iš tikrųjų esama, jeigu teisinė „privalomybė“ interpretuojama kaip absoliuti vertybė. Tačiau negalima kalbėti apie ideologinį paklydimą, jeigu teisę aprašančioje teisės taisyklėje „privalomybė“ turi tik specifinio funkcinio ryšio prasmę. Jau buvo parodyta, kad toks specifinis funkcinis ryšys, besiskiriantis nuo priežastinio ryšio, yra prisiejimas. Teisės sociologijos aprašomas priežastinis ryšys (jeigu jis išvis yra) ekonominius arba politinius faktus sieja su teisėkūros aktais, viena, ir šiuos aktus su žmonių elgesiu, kurį jais siekiama paskatinti, kita. Antruoju atveju priežastinis ryšys yra, jeigu elgesio motyvai iš tikrųjų kyla iš to, kad žmonės suvokia teisėkūros aktų prasmę; tokia motyvacija toli gražu nėra visuotinė, nes teisės laikymąsi dažnai lemia kitokie motyvai. Tačiau svarbiausia, kad teisinis prisiejimas susieja du kitus faktus: ne teisėkūros aktą su teisei paklūstančiu elgesiu, bet teisinės tvarkos apibrėžtą faktą kaip sąlygą su šios tvarkos apibrėžiama pasekme. Prisiejimas, kaip ir priežastingumas, yra žmonių mąstymo tvarkos principas, o todėl iliuzija arba ideologija jis yra ne daugiau ir ne mažiau nei priežastingumas, kuris, pasak Hume’o arba Kanto, tėra mąstymo įprotis arba mąstymo kategorija.

Jeigu teisėkūros aktai traktuojami atsižvelgiant į jų, kaip įsakymų, kaip imperatyvų, prasmę, tai negalima rimtai ginčyti, kad jų subjektyvioji prasmė yra „privalomybė“[40]. Kvestionuotina tik tai, ar šią „privalomybę“ galima interpretuoti ir kaip jų objektyviąją prasmę, ar ją galima traktuoti kaip objektyviai galiojančią normą, nustatančią pareigas ir suteikiančią teises. Tai klausimas, kuo teisėkūros aktai skiriasi nuo kitų įsakymų, pavyzdžiui, nuo pakelės plėšiko įsakymo. Ankstesniuose puslapiuose jau buvo nurodyta sąlyga, kuriai esant šį skirtumą galima nubrėžti, – tai pamatinės normos preziumavimas.

Jeigu išvis yra neigiama normos (laikomos objektyviai galiojančia) prasmė, t. y. ryšys, vadinamas „prisiejimu“, jeigu neigiama, kad „privalomybė“ apskritai turi prasmę, tada beprasmiška sakyti: „Šitai teisiškai leidžiama, tai – draudžiama“; „Tas priklauso man, anas – tau“; „*X* turi teisę, *Y* – pareigą“. Tūkstančiai teiginių, kuriais kasdien išreiškiama teisė, taptų beprasmiai. Ir priešingai, neginčijamai tikra, jog kiekvienas supranta, kad viena yra sakyti: „*A* yra teisiškai įpareigotas sumokėti 1000 dolerių *B*“, ir visai kas kita: „Tikėtina, jog *A* sumokės *B* 1000 dolerių“. Kiekvienas supranta, kad viena yra sakyti: „Teisės požiūriu toks elgesys yra deliktas ir turi būti baudžiamas“, ir visiškai kitas dalykas yra sakyti: „Tikėtina, kad tas, kuris tai padarė, bus baudžiamas“. Teiginys apie tikėtiną būsimą elgesį nepasiekia aktų, įstatymų leidėjo adresuojamų teisės taikymo organui, tokio organo (teismo sprendimu arba administraciniu aktu) – teisės subjektui, teisinio sandorio šalies – kitai šaliai, imanentinės prasmės. Toks teiginys formuluojamas vadovaujantis požiūriu, peržengiančiu teisės ribas. Jis atsako ne į specifiškai teisinį klausimą, kas privalo įvykti pagal teisę, o į metateisinį klausimą, kas faktiškai vyksta ir kas tikėtinai įvyks. Teisinių teiginių, kad kažkas privalo elgtis tam tikru būdu, negalima redukuoti į teiginius apie esamus arba būsimus faktus, nes jie apie tokius faktus nieko nesako – net apie faktą, kad tam tikri individai nori, jog kažkas privalėtų elgtis tam tikru būdu. Teisinis sprendimas nurodo specifinę tokio valios akto prasmę, o būtent „privalomybė“, norma, ir yra ši prasmė, nesutampanti su valios aktu. Tik tuo atveju, kai „ideologija“ yra suprantama kaip faktų tikrovės priešybė, t. y. kai ideologija suprantama kaip aprėpianti visa, kas nėra priežastingai determinuota tikrovė arba tokios tikrovės aprašymas, tik tada teisę, kaip normą (t. y. kaip šių aktų prasmę, nesutampančią su priežastingai determinuojamais aktais), galima laikyti ideologija. Tada ir teisės mokslo (aprašančio tik normas, o ne aktus, priežastingai determinuotais ryšiais susijusius su kitais faktais, ir jas aprašančio teisės taisyklėmis, kalbančiomis ne apie priežastinius ryšius, kaip gamtos dėsniai, o apie prisiejimo sąsajas) dalykas yra ideologija. Tada Grynoji Teisės Teorija tiesia kelią požiūriui, kuriuo vadovaujantis teisę galima suprasti kaip „ideologiją“ šia specifine prasme: kaip sistemą ryšių, kitokių nei gamtos ryšiai.

Tokios disciplinos, traktuojančios teisę kaip normatyvinę prasmę, galimumą ir būtinumą liudija tai, kad teisės mokslas – mokslas, kuris, kaip dogmatinė jurisprudencija, ten-

[40] Plg. p. 47 ir toliau.

kina intelektinius teise užsiimančiųjų poreikius, – gyvuoja tūkstančius metų. Nėra jokio pagrindo šių pagrįstų poreikių netenkinti ir šitokio teisės mokslo atsisakyti. Pakeisti šį mokslą teisės sociologija neįmanoma, nes pastarajai rūpi visiškai kitokia problema. Kol yra religija, turi būti ir dogmatinė teologija, kurios negali pakeisti religijos psichologija arba religijos sociologija; lygiai taip pat kol yra teisė, tol bus ir normatyvinis teisės mokslas. Šio mokslo vieta bendroje mokslų sistemoje – antraeilis klausimas. Reikia ne atsisakyti šio teisės mokslo kartu su „privalomybės" arba normos kategorijomis, o apriboti teisės mokslą jo dalyku ir kritiškai išgryninti jo metodus.

Jeigu „ideologija" mums yra ne visa tai, kas nėra gamtinė tikrovė arba jos aprašymas, o neobjektyvus, į subjektyvių vertybių įtaką pakliuvęs objekto vaizdavimas, šlovinantis arba bjaurojantis pažinimo dalyką, ir jeigu „tikrove" vadiname ne tik gamtinę tikrovę, kaip gamtos mokslų dalyką, bet kiekvieną pažinimo dalyką, taip pat ir teisės mokslo dalyką, būtent – pozityviąją teisę, tada pozityviosios teisės vaizdavimas turi būti laisvas nuo ideologijos (antrąja šio žodžio prasme). Jeigu į pozityviąją teisę žvelgiama kaip į normatyvinę tvarką, susijusią su faktiškai vykstančių ir pozityviosios teisės reikalavimu ją atitikti privalančių įvykių tikrove (nors pastaroji iš tikrųjų ne visada ją atitinka), tada pozityviąją teisę galima apibūdinti kaip „ideologiją" (pirmąja šio žodžio prasme). Jeigu į pozityviąją teisę žvelgiama kaip į susijusią su „aukštesniąja" tvarka, pretenduojančia būti „idealiąja", arba „ta teisingąja", teise ir reikalaujančia, kad pozityvioji teisė privalomai atitiktų šią tvarką (pavyzdžiui, kaip susijusią su prigimtine teise arba su kuria nors kitą teisingumo rūšimi), tuomet pozityvioji teisė (t. y. žmonių aktais sukurta teisė, galiojanti teisė, teisė, kuri daugiau ar mažiau yra taikoma ir kurios daugiau ar mažiau yra laikomasi) save pateikia kaip „realią" teisę; o tokiu atveju pozityviosios teisės teoriją, siekiančią pozityviąją teisę pateisinti arba diskredituoti ir dėl to suplakančią ją su prigimtine teise arba kuria nors kita teisingumo rūšimi, reikia atmesti kaip „ideologiją" (antrąja šio žodžio prasme). Šiuo atžvilgiu Grynoji Teorija laikosi nuoširdžiai antiideologinės nuostatos. Šią nuostatą Grynoji Teorija demonstruoja, pozityviąją teisę vaizduodama kaip neturinčią jokių „idealiosios", arba „tos teisingosios", teisės priemaišų. Grynoji Teorija teisę trokšta vaizduoti tokią, kokia ji yra, o ne tokią, kokia ji privalo būti; ji siekia pažinti realią ir galimą, o ne „idealiąją", „tą teisingąją", teisę. Šiuo atžvilgiu Grynoji Teorija – tai radikaliai realistinė teisės teorija, teisinio pozityvizmo teorija. Grynoji Teorija atsisako vertinti pozityviąją teisę. Kaip mokslas, Grynoji Teorija mano, kad jos pareiga – nedaryti nieko daugiau, tik suvokti pozityviosios teisės esmę ir, analizuojant jos struktūrą, ją suprasti. Konkrečiai – Grynoji Teorija atsisako tarnauti kokiems nors politiniams interesams ir parūpinti jiems „ideologiją", teisinančią arba diskredituojančią esamą socialinę tvarką. Taip Grynoji Teorija užkerta kelią tam, kad, tapatinant pozityviąją teisę su idealiąja teise, teisės mokslo vardu pozityviajai teisei būtų teikiama didesnė vertė nei toji, kurią ši iš tikrųjų turi, arba kad pozityviajai teisei būtų neteikiama jokios vertės, taigi apskritai būtų nepripažįstamas jos galiojimas, teigiant, girdi, ji prieštarauja idealiajai teisei. Šitaip Grynoji Teorija kuo griež-

čiausiai priešpriešina save tradicinei jurisprudencijai, kuri – sąmoningai arba nesąmoningai, kartais daugiau, o kartais mažiau – turi „ideologinį“ pobūdį antrąja šio žodžio prasme. Būtent ši antiideologinė nuostata rodo, jog Grynoji Teisės Teorija yra tikrasis teisės mokslas. Juk imanentinė mokslo, kaip pažinimo, nuostata – atskleisti savo dalyką. Užtat ideologija tikrovę maskuoja arba ją šlovindama ir taip siekdama ją užkonservuoti bei apginti, arba vaizduodama ją iškreiptai ir taip siekdama ją užpulti, sugriauti ir pakeisti kita. Tokios ideologijos šaknys – ne Žinojimas, o Troškimas; ji kyla iš tam tikrų interesų, tiksliau, iš interesų, kitokių nei tiesos interesas, – tuo, žinoma, nieko nenorima pasakyti apie tų kitų interesų vertę arba jų kilnumą. Teisę kuriantis ir, vadinasi, ją išlaikyti siekiantis autoritetas gali nevertinti savo produkto ideologiškai neutralaus pažinimo; panašiai ir jėgos, mėginančios sugriauti esamą tvarką ir trokštančios pakeisti ją kita, tariamai geresne, gali turėti mažai naudos iš tokio teisės pažinimo. Tačiau tikrajam teisės mokslui nerūpi nei vieni, nei kiti. Būti tokiu teisės mokslu ir yra Grynosios Teisės Teorijos tikslas.

IV. STATINIS TEISĖS ASPEKTAS

27. SANKCIJA

a) Nacionalinės ir tarptautinės teisės sankcijos

Jeigu teisė suvokiama kaip prievartinė tvarka, t. y. kaip tvarka, numatanti prievartos aktus kaip sankcijas, tai teisę apibūdinanti teisės taisyklė yra teiginys, kad tam tikromis teisinės tvarkos apibrėžtomis sąlygomis privalu įvykdyti tam tikrą prievartos aktą, kurį taip pat apibrėžia toji tvarka. „Prievartos aktai“ – tai tokie aktai, kurie vykdomi net prieš atitinkamo individo valią, o jeigu priešinamasi – tai pavartojant ir fizinę jėgą. Iš to, kas pasakyta anksčiau, išplaukia, kad reikia skirti dvi prievartos aktų rūšis.

Pirmieji – tai prievartos aktai, kurie savo pobūdžiu yra sankcijos: juos, kaip antai įkalinimą už vagystę, teisinė tvarka numato kaip reakcijas į veiksmą arba susilaikymą nuo veiksmo; antrieji – tai prievartos aktai, kurie savo pobūdžiu nėra sankcijos, kaip antai individų, sergančių visuomenei grėsmę keliančiomis ligomis, arba individų, laikomų pavojingais dėl jų rasės, politinių pažiūrų arba religinių įsitikinimų, priverstinis internavimas, taip pat nuosavybės priverstinis sunaikinimas arba jos paėmimas visuomenės poreikiams. Pastaraisiais atvejais prievartos akto sąlygos neapima jokių teisinės tvarkos apibrėžtų konkretaus individo veiksmų arba susilaikymo nuo veiksmų.

Nacionalinėse teisinėse tvarkose „sankcijos“ specifine šio žodžio prasme reiškiasi dviem skirtingomis formomis: kaip bausmės (siauresne šio žodžio prasme) ir kaip civiliniai išieškojimai. Abi rūšys apima priverstinį blogybės padarymą arba negatyviąja prasme – priverstinį gėrybės atėmimą: mirties bausmės atveju atimama individo gyvybė, kūno bausmės (tokios buvo paplitusios anksčiau) atveju – regėjimas, amputuojama kūno dalis, įkalinimo atveju atimama laisvė, baudos atveju atimamos lėšos arba net nuosavybė. Kaip bausmę galima numatyti ir kitokių teisių atėmimą, kaip antai pareigų arba politinių teisių netekimą.

Civilinis išieškojimas taip pat yra priverstinis blogybės padarymas. Nuo bausmės jis skiriasi tuo, kad juo, kaip paprastai sakoma, yra siekiama „atitaisyti neteisybę“. Vadinamasis neteisybės atitaisymas yra neteisėto elgesio sukeltos padėties nutraukimas ir teisę atitinkančios padėties sukūrimas. Ši padėtis gali būti tokia pat, kaip ir ta, kuri būtų susiklosčiusi, jeigu teisės pažeidėjas būtų elgęsis teisėtai; bet jeigu tokios padėties sukurti neįmanoma, galima tenkintis jos pakaitalu. Pirmojo atvejo pavyzdžiai: *A* neatlieka savo pareigos perduoti *B* tam tikrą *A* valdomą daiktą; civilinio išieškojimo sankcija – tai

priverstinis daikto paėmimas iš *A* ir jo perdavimas *B*; *A* neatlieka savo pareigos atvykti į teismą kaip liudytojas; čia sankcija yra priverstinis *A* atvesdinimas į teismą, o tai reiškia, kad šiam tikslui iš *A* yra atimama laisvė. Antrojo paminėto atvejo pavyzdys: *A* neatlieka savo pareigos perduoti *B* tam tikrą *A* žinioje nesantį daiktą arba atlikti *B* tam tikrą darbą. Civilinio išieškojimo sankcija – tai priverstinis *A* nuosavybės dalies, lygiavertės daikto arba darbo, kurį *A* skolingas *B*, vertei, paėmimas ir perdavimas *B* lėšų, gautų šią nuosavybės dalį pardavus iš varžytynių. Neteisėtas elgesys yra žalos padarymas kitam individui (kaip pirmajame ir paskutiniame pavyzdžiuose), o išieškojimo sankcija yra neteisėtai padarytos žalos atlyginimas. Čia esama tam tikro panašumo tarp baudos ir civilinio išieškojimo. Ir viena, ir kita yra į nuosavybę nukreiptos priverstinio užtikrinimo procedūros. Viena nuo kitos jos skiriasi tuo, kad baudos, kuri paprastai būna piniginė nuobauda, atveju tie pinigai tampa valstybės lėšomis, o civilinio išieškojimo atveju jie perduodami dėl neteisėto elgesio žalą patyrusiam individui – jo patirtai materialinei arba moralinei žalai atlyginti. Tokiu atveju konkretus teisinės tvarkos siekiamas tikslas yra akivaizdus, tuo tarpu bausmės atveju yra kitaip. Apibrėžti bausmės sąvoką pagal jos tikslą vargu ar yra įmanoma, nes iš teisinės tvarkos turinio negalima (bent jau tiesiogiai) spręsti, koks gi yra bausmės tikslas. Kad šis tikslas yra tam tikro veiksmo arba susilaikymo nuo veiksmo prevencija (įbauginant), tėra interpretacija, kuri galima ir tokioje baudžiamojoje teisinėje tvarkoje, kurios nustatymą lėmė ne įsisąmoninta prevencijos idėja, o tik atpildo principas: į blogį tegul bus atsakyta blogiu. Mirties bausmė ir įkalinimas nepasikeičia nuo to, ar jie numatomi turint prevencijos tikslą, ar ne.

Šiuo atžvilgiu bausmė iš esmės nesiskiria nuo civilinio išieškojimo, nes jis, atitinkamo individo suvokiamas kaip blogybė, taip pat gali turėti prevencinį poveikį, tad šiuo atveju kompensacinį ir prevencinį poveikius galima suderinti. Abi šias sankcijų rūšis – bausmę ir civilinį išieškojimą – turi skirti teismo arba administracinės institucijos, laikydamosi tam tikslui nustatytos procedūros. Tad būtina įžvelgti skirtumą tarp teismo bausmių, kurias skiria baudžiamieji teismai, ir administracinių bausmių, kurias skiria administracinės institucijos, tarp teisminio civilinio išieškojimo, kurį skiria civiliniai teismai, ir civilinio išieškojimo, kurį skiria administracinės institucijos. Taip pat būtina matyti skirtumą tarp akto, kuriuo yra paskiriama bausmės arba civilinio išieškojimo sankcija, ir tokiu aktu sukurtos normos taikymo akto, kuriuo bausmė arba civilinis išieškojimas yra įvykdomi. Pastarąjį aktą visada atlieka administracinė institucija.

Tokios bendrosios tarptautinės teisės sankcijos, kaip represalijos bei karas (jos bus aptariamos vėliau), nėra apibrėžiamos nei kaip bausmė, nei kaip civilinis išieškojimas, bet jos taip pat yra priverstinis gėrybių atėmimas, kitaip tariant, teisinės tvarkos numatytas vienos valstybės vykdomas šiaip jau saugomų kitos valstybės interesų pažeidimas. Jeigu tariama, kad pagal pozityviąją tarptautinę teisę viena valstybė gali griebtis represalijų arba karo prieš kitą valstybę tik tuo atveju, kai ši atsisako atlyginti neteisėtai padarytą žalą, ir kad vykdyti šiuos prievartos aktus (represalijų bei karo) galima tik siekiant reparacijos, tuomet galima pripažinti, kad tarp tarptautinės teisės sankcijų ir civilinio išieškoji-

mo esama šiokio tokio panašumo. Tačiau nėra sutariama, ar represalijas bei karą galima interpretuoti kaip tarptautinės teisės sankcijas, tad ir ar tarptautinę teisę galima laikyti teisine tvarka[41].

b) Deliktas (pažeidimas) – ne teisės neigimas, o jos sąlyga

Kaip matyti iš ankstesniojo aptarimo, veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo, kuris yra teisinės tvarkos įsakyto prievartos akto sąlyga, yra deliktas (paprastai vadinamas „pažeidimu"), o pats prievartos aktas yra sankcija. Veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo delikto pobūdį įgyja tik tuo atveju, kai teisinė tvarka jį padaro prievartos akto, kaip sankcijos, sąlyga. Prievartos aktas sankcijos pobūdį įgyja tik tuo atveju, kai teisinė tvarka padaro jį tam tikro veiksmo arba susilaikymo nuo veiksmo padariniu. Kaip jau buvo sakyta, prievartos aktai, kuriuos teisinė tvarka numato kaip kitokių faktų padarinius, nėra „sankcijos" specifine šio žodžio prasme, o tuos aktus sąlygojantys faktai savo pobūdžiu nėra deliktai, nes jie nėra teisiškai apibrėžti tam tikrų individų veiksmai arba susilaikymas nuo veiksmų.

Taigi tam tikras veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo su prievartos aktu susiejamas ne dėl to, kad šis veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo yra deliktas, kaip mano tradicinė jurisprudencija, bet tam tikras veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo yra deliktas dėl to, kad jis yra susiejamas su prievartos aktu, t. y. su sankcija kaip jo padariniu. Pagrindas konkretų žmogaus elgesį kvalifikuoti kaip deliktą yra ne kokia nors imanentinė jo savybė, ne koks nors jo ryšys su metateisine prigimtine arba dieviškąja norma, bet tik ta – ir vien ta – aplinkybė, kad pozityvioji teisinė tvarka šį elgesį yra padariusi prievartos akto – sankcijos – sąlyga.

Tradicinėje jurisprudencijoje vyraujanti doktrina, kad delikto ir sankcijos sąvokoms imanentiškai yra būdingas moralinio vertingumo elementas, idėja, kad deliktas būtinai turi būti kažkas amoralu, o bausmė būtinai turi būti kažkas negarbinga, yra nepagrįsta jau vien dėl tos priežasties, kad atitinkami vertybiniai sprendimai yra labai santykiniai. Visiškai įmanoma, kad elgesį, kuris pagal pozityviąją teisinę tvarką laikomas sankcijos sąlyga, vienos grupės laiko amoraliu, užtat kitos – moraliu. Pavyzdžiui, vyras, nužudęs savo neištikimą žmoną arba jos meilužį, daugumos pozityviųjų teisinių tvarkų požiūriu yra nusikaltėlis, bet toli gražu nebūtinai visi žmonės turi jo veiksmus smerkti, o daug kas netgi gali jiems pritarti kaip įgyvendinantiems jo prigimtinę teisę ginti savo garbę. Dvikova, už kurią teisė baudžia, kai kurių visuomenės sluoksnių laikoma anaiptol ne amoraliu dalyku, bet, priešingai, moraline pareiga, o už tai (kaip padarinys) paskirta įkalinimo bausmė nėra laikoma negarbinga. Tiek, kiek tai susiję su civiliniu deliktu ir sankcijomis už jį (civiliniu išieškojimu), doktrinos, teigiančios iš esmės moralinį delikto kvalifikavimą, tradicinė jurisprudencija nė nemėgina palaikyti. Pozityviosios teisės teorijos požiūriu jokio tokio fakto, kuris savaime, t. y. nepriklausomai nuo teisinės tvarkos numatomų

[41] Plg. § 42a.

padarinių, būtų deliktas, nėra. Nėra jokių *mala in se*, yra tik *mala prohibita*. Ir tai yra ne kas kita, kaip baudžiamojoje teisėje visuotinai pripažįstamo principo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* vedinys; o šis principas, galiojantis ne tik baudžiamajai teisei, ne tik kriminaliniams, bet ir visiems deliktams, ne tik bausmei, bet ir visoms sankcijoms, pats yra tik teisinio pozityvizmo vedinys. Tas pats faktas pagal vieną teisinę tvarką gali būti deliktas, nes šioji tvarka su juo susieja sankciją, o pagal kitą tvarką – nebūti, nes ši tokios pasekmės nenumato. Savaime suprantama, teisinė tvarka tam tikrą žmonių elgesį sankcijos sąlyga padaro todėl, kad teisinis autoritetas jį laiko žalingu visuomenei, tad ir nepageidaujamu. Bet teisinės tvarkos imanentinės prasmės analizės požiūriu ši aplinkybė delikto sampratai yra nerelevantiška. Jei jau tam tikras elgesys yra padarytas sankcijos sąlyga, tai veiksmas yra laikytinas deliktu, ir tokiu jį laikyti turi net teisininkas, kuriam šis veiksmas atrodo esąs visiškai ne žalingas, o galbūt net ir naudingas; ir atvirkščiai. Faktas, kuris yra deliktas dėl to, kad už jį yra baustina pozityviosios teisės požiūriu, skiriasi nuo fakto, už kurį yra baustina dėl to, kad jis iš prigimties yra deliktas, o šis skirtumas grindžiamas prigimtinės teisės doktrina. Šioji taria, esą tam tikriems faktams delikto pobūdis (negatyvi vertė) yra būdingas imanentiškai, ir postuluoja, jog pozityvioji teisė turinti nustatyti, kad už juos yra baustina. Atmetus prigimtinės teisės doktriną apie tikrovei imanentiškai būdingas vertes, šis skirtumas sugriūna.

Tokiais žodžiais, kaip „neteisėtumas“, teisės „laužymas“ arba „pažeidimas“, išreiškiama mintis, kad teisė yra paneigiama; jais teigiama idėja, kad už teisės esama kažko, kas yra nukreipta prieš ją, jai grasina, į ją įsiterpia arba net ją naikina. Ši idėja klaidinga; ji kyla iš tos aplinkybės, kad tam tikrą elgesį nustatančios normos santykis su faktiniu, nustatytajam priešingu elgesiu yra interpretuojamas kaip loginis prieštaravimas. Bet vienas kitam logiškai prieštarauti gali tik du teiginiai, iš kurių vienas sako, kad *a* yra, o kitas – kad *a* nėra. Šie teiginiai abu negali būti teisingi. Tarp normą aprašančio teiginio, kad žmogus *privalo* elgtis tam tikru būdu, ir teiginio, kad jis *faktiškai* taip nesielgia, loginio prieštaravimo nėra. Abu šiuos teiginius galima sakyti vieną greta kito, jie abu gali būti teisingi vienu metu. Tam tikrą elgesį įsakančios normos buvimo arba galiojimo jai priešingas elgesys „nelaužo“ (*is not „broken“*) – ta prasme, kuria gali būti sutraukoma (*might be broken*) žmogų kaustanti grandinė. Teisės grandinė kausto net teisę „laužantį“ žmogų; norma nėra „pažeidžiama“ (*is not „violated“*) taip, kaip pažeidžiamas gali būti (*can be violated*) žmogus, kurio atžvilgiu yra vykdomi priverstinio užtikrinimo veiksmai (t. y. yra žeidžiamas (*injured*) pats jo buvimas). Jeigu normatyvinė tvarka tam tikrą elgesį įsako vien tuo būdu, kad su jo priešybe susieja sankciją, tai esminę reikšmę turinčius faktus išsamiai nusako sąlygos teiginys: „Jeigu yra tam tikras elgesys, privalo būti vykdoma tam tikra sankcija.“ Šiame teiginyje deliktas – tai sąlyga, o ne teisės neigimas; o tai reiškia, kad deliktas – tai ne už teisės glūdintis, juo labiau ne teisei besipriešinantis faktas, bet faktas, kuris yra teisėje ir kurį šioji apibrėžia; tai reiškia, kad teisė jau dėl pačios savo prigimties daro nuorodą į šį faktą. Kaip visa kita, deliktą (vok. *Unrecht*, pažodžiui „neteisė“, panašiai kaip „neveikimas“) galima *teisiškai* suprasti tik kaip teisę. Kalbėdami apie

„neteisėtą“ elgesį turime galvoje tokį elgesį, kuris yra prievartos akto, kaip sankcijos, sąlyga; kalbėdami apie „teisėtą“ elgesį, priešingai, turime galvoje tokį elgesį, kuriuo prievartos akto išvengiama.

Deliktą, kurį naivusis ikimokslinis mąstymas suvokia kaip teisės neigimą, kaip „neteisę“, reinterpretuodama kaip teisės apibrėžiamą sąlygą, Grynoji Teisės Teorija vykdo funkciją, panašią į tą, kurią vykdo teologija spręsdama teodicėjos problemą, t. y. blogio problemą pasaulyje, sukurtame vien gera darančio ir visagalio Dievo. Kadangi visa, kas yra, reikia suvokti kaip Dievo valios padarinį, kyla klausimas: kaipgi galima blogį suvokti kaip gerojo Dievo valios padarinį? Nuosekli monoteistinė teologija atsako, girdi, blogis interpretuotinas kaip būtina gėrio realizavimosi sąlyga. Prielaida, kad blogis – tai ne Dievo darbas, bet darbas, nukreiptas prieš Dievą, kad tai yra velnio darbas, nesuderinama su monoteizmo hipoteze, nes ši prielaida implikuoja Antidievo sampratą.

Kadangi deliktas nėra vienintelė sąlyga, su kuria siejama sankcija, kadangi, kaip matysime, sąlygojantysis faktas gali susidėti iš daugelio komponentų, įskaitant ir tą žmonių elgesį, kurio negalima apibūdinti kaip delikto (kaip antai deliktą apibrėžiančią bendrąją normą sukuriantis įstatymų leidybos aktas bei konkretaus delikto buvimą nustatantis teismo aktas), kyla klausimas, kokiu būdu elgesį, apibrėžiamą kaip deliktas, atskirti nuo kitokio elgesio, kuris taip pat yra sąlygojančiųjų faktų komponentas. Paprastai deliktas yra individo, prieš kurį nukreiptas sankcijos funkciją vykdantis prievartos aktas, elgesys. Tačiau šis delikto apibrėžimas tinka tik tuo atveju, kai sankcija yra nukreipta prieš pažeidėją, t. y. prieš individą, savo elgesiu padariusį deliktą. Tai – atsakomybės už savo elgesį atvejis (aptariamas vėliau). Tačiau sankcija nebūtinai visuomet turi būti nukreipta prieš pažeidėją arba vien prieš jį, bet ji gali būti nukreipta ir prieš kitą arba keletą kitų individų. Tai – atsakomybės už kito asmens elgesį atvejis. Šiuo atveju teisinė tvarka turi apibrėžti santykį tarp pažeidėjo ir už jo deliktą atsakingo individo. Teisinė tvarka gali atsakingu padaryti pažeidėjo tėvą, sutuoktinį arba kitus pažeidėjo šeimos (siauresnės arba platesnės) narius. Jeigu, siekdami lingvistinio paprastumo, „giminaičiais“ pavadinsime visus tuos individus, kuriuos su pažeidėju sieja teisiškai apibrėžtas ryšys (šeimos nariai, klanas, valstybė), tai deliktą galima apibrėžti kaip to individo, prieš kurį arba prieš kurio giminaičius kaip padarinys yra nukreipta sankcija, elgesį.

28. TEISINĖ PRIEVOLĖ (PAREIGA) IR ATSAKOMYBĖ

a) Teisinė pareiga ir sankcija

Socialinės tvarkos įsakomas elgesys yra tas elgesys, kurį individas privalo priimti: individas turi prievolę (arba pareigą) elgtis tam tikru būdu, jeigu tokį elgesį įsako socialinė tvarka. Pasakymas „įsakoma elgtis“ yra pasakymo „individas turi pareigą elgtis tam tikru būdu“ sinonimas. Kadangi teisinė tvarka yra socialinė tvarka, elgesys, kurį individas privalo priimti, yra elgesys, kuris turi būti tiesiogiai arba netiesiogiai nukeiptas į kitą

individą. Jeigu teisė suvokiama kaip prievartinė tvarka, tai elgesį galima traktuoti kaip objektyviai teisiškai įsakytą (taigi ir kaip teisinės pareigos turinį) tik tuo atveju, kai priešingą elgesį teisės norma susieja su prievartos aktu kaip sankcija. Tiesą sakant, teisės norma paprastai skiriama nuo teisinės pareigos ir sakoma, kad teisės norma nustato teisinę pareigą. Bet teisinė pareiga elgtis tam tikru būdu ir tokį elgesį numatanti teisės norma nėra du skirtingi faktai; teisinė pareiga ir *yra* ši teisės norma. Teiginys „individas yra teisiškai įpareigotas elgtis tam tikru būdu" yra tapatus teiginiui „teisės norma įsako tam tikrą individo elgesį". O tam tikrą elgesį teisinė tvarka įsako priešingą elgesį susiedama su sankcija.

Teisinė pareiga, kaip ir jai tapati teisės norma, gali būti bendro arba individualaus pobūdžio. Teisės norma, įsakanti atlyginti žalą, nustato bendrąją teisinę pareigą (tiksliau – *yra* bendroji teisinė pareiga). Teismo sprendimas (t. y. individualioji teisės norma), konkrečioje byloje nustatantis, jog individas *A* turi individui *B* sumokėti tam tikrą sumą pinigų už žalą, kurią *A* padarė *B*, nustato individualią teisinę *A* pareigą (tiksliau – *yra* individuali teisinė pareiga); tačiau šitaip pasakoma tik tai, kad *A* perdavimas tam tikros sumos pinigų *B* yra individualiosios teisės normos turinys. Paprastai apie teisinę pareigą kalbama tik tada, kai susiduriama su individualiąja teisės norma, o kadangi tradicinė teorija domisi tik bendrosiomis teisės normomis ir ignoruoja tai, jog esama ir individualiųjų normų, lieka nepastebėtas ir teisės normų bei teisinių pareigų tapatumas, o teisinė pareiga laikoma tokiu teisinio pažinimo objektu, kuris, nors kažkaip ir yra susijęs su teisės norma, vis dėlto nuo jos skiriasi.

Šiuo būdu mėginant apibūdinti teisinę pareigą žengiama klystkeliu. Pavyzdžiui, tai skatina daryti prielaidą, jog teisinė pareiga yra imanentinis žmogaus impulsas, kad ji yra paskata elgtis taip, kaip, jo manymu, jam yra įsakoma, kad ji yra prievolė (arba saitas, iš *ligare* – „surišti"), sukurta įgimtos, prigimtinės, arba dieviškosios, normos, kurios laikymąsi teisinė tvarka, nustatydama sankcijas, tik „garantuoja". Tačiau teisinė pareiga – tai ne kas kita, kaip pozityvioji teisės norma, įsakanti individo elgesį tuo atžvilgiu, kad jam priešingas elgesys yra susiejamas su sankcija. O individas yra teisiškai įpareigotas įsakytąjį elgesį priimti, net jeigu šios teisės normos idėja jam nepažadina jokio impulso įsakytojo elgesio atžvilgiu, net jeigu (tol, kol tebegalioja pozityviosios teisės principas, jog teisės nežinojimas nėra pasiteisinimas) jis apskritai nieko nenutuokia apie tą įpareigojančią teisės normą.

Taip apibrėžiama teisinės pareigos sąvoka. Ji yra iš esmės susijusi su sankcijos sąvoka. Teisiškai įpareigotas yra tas individas, kuris savo elgesiu gali padaryti deliktą ir šitaip užsitraukti sankciją (potencialus pažeidėjas), arba tas individas, kuris, elgdamasis priešingai, sankcijos gali išvengti. Pirmuoju atveju kalbame apie pareigos pažeidimą, antruoju – apie pareigos vykdymą. Individas, vykdantis teisės normos jam nustatytą pareigą, paklūsta normai; individas, pažeidimo atveju vykdantis teisės normos nustatytą sankciją, taiko normą. Ir paklusimas normai, ir jos taikymas – tai normą atitinkantis elgesys. Jeigu teisinės tvarkos „efektyvumą" suprantame kaip tai, kad individai elgiasi pagal šią tvarką, tada efektyvumas reiškiasi (a) kaip faktinis paklusimas teisės normoms (t. y. normų nu-

statytų teisinių pareigų vykdymas) ir (b) kaip normų taikymas (t. y. normų nustatytų sankcijų vykdymas).

Paprastai teisinės pareigos turinys – tai tik vieno individo elgesys; bet jis gali apimti ir dviejų arba daugiau individų elgesį. Taip yra tuo atveju, kai pareigą gali atlikti vienas *arba* kitas individas ir jeigu pareiga yra pažeidžiama, kai jos neatlieka nė vienas, arba jeigu pareigą galima atlikti tik visiems bendradarbiaujant ir ji pažeidžiama tokio bendradarbiavimo nesant.

Šalia teisinės pareigos sąvokos tradicinė teorija vartoja dar ir pareigos „subjekto“, arba „turėtojo“, sąvoką, panašiai kaip ji šalia subjektinės teisės (*right*) sąvokos vartoja dar ir teisės „subjekto“, arba „turėtojo“, sąvoką. Abi jas apima asmens, turinčio teisinės tvarkos nustatytas teises ir pareigas, samprata. Paprastai pareigos subjektu, arba turėtoju, vadinamas individas, kurio elgesys sudaro pareigos turinį. Bet šis individas nėra kažkas, kas šią pareigą turi arba kam ji tenka kaip toks dalykas, kuris būtų atskirtas nuo jo paties. Aprašant teisinės pareigos faktus mums rūpi ne pats individas, bet tik tam tikras individo elgesys – tik asmeninis elgesio elementas, kuris, būdamas neatskiriamai susijęs su materialiuoju elementu, yra teisinės pareigos turinys. Tik šia prasme yra priimtina „pareigos subjekto“ sąvoka. Teisinės pareigos subjektas – tai individas, kurio elgesys yra sąlyga, su kuria kaip pasekmė yra susiejama sankcija, nukreipta prieš šį individą arba jo giminaičius. Tai individas, galintis savo elgesiu pažeisti pareigas, t. y. galintis užsitraukti sankcijas, vadinasi, galintis savo elgesiu ir atlikti pareigas, t. y. išvengti sankcijų.

b) Teisinė pareiga ir „privalomybė“

Su vokiečių kalbos žodžiu *Pflicht* („prievolė“ arba „pareiga“) siejama, ypač nuo Kanto etikos laikų, absoliučios moralinės vertės idėja. Principas, kad žmogus visada privalo atlikti savo pareigą arba pareigas, akivaizdžiai preziumuoja absoliučių, visiems suprantamų pareigų buvimą. Pripažinus, jog yra ne viena absoliuti moralė, o įvairios, viena kitai priešingos moralinės tvarkos, reikalaujančios skirtingo, netgi priešingo elgesio, minėtas principas, Kanto moralės filosofijos svarbiausioji tezė, virsta tautologija, kad žmogus privalo daryti tai, ką įsako atitinkama moralinė tvarka, t. y. kad jis privalo daryti tai, ką privalo daryti. Teisinės pareigos sąvoka turi ryšį tik su pozityviąja teisine tvarka ir neturi jokių moralinių implikacijų. Teisinės pareigos turinys gali (bet nebūtinai turi) apimti tą patį elgesį, kaip ir moralinės tvarkos nustatyta pareiga, bet jos turinys gali apimti ir priešingą elgesį, ir šitaip iškyla (kaip paprastai tariama) „teisinės pareigos ir moralinės pareigos konfliktas“. Siekiant išvengti tokio konflikto galimybės net buvo pareikšta mintis, esą „prievolė“ (arba „pareiga“) apskritai nėra teisinė sąvoka ir esą tik moralė, o ne teisė sukuria pareigas, taip pat kad specifinė teisės, kitaip nei moralės, funkcija – suteikti teises. Bet vos tik įsisąmoninus, kad pareiga elgtis tam tikru būdu reiškia tik tai, jog tokį elgesį įsako norma, ir kad teisinė tvarka, kaip kiekviena normatyvinė tvarka, įsako tam tikrą žmonių elgesį, „pareigos nustatymą“ reikia laikyti esmine, net pirmine teisės funkcija, kaip tai bus parodyta toliau analizuojant „teisės suteikimo“ funkciją.

Kadangi normos ne tik įsako arba draudžia, bet gali ir įgalinti tam tikrą elgesį, būtų ne pro šalį pažymėti, jog individas, įgalintas elgtis tam tikru būdu, nebūtinai yra įpareigotas taip elgtis. Teisinės tvarkos kontekste „įgalinti" – tai suteikti galią kurti teisę, todėl įgalinimo dalyku gali būti tik pozityvus veiksmas, o ne susilaikymas nuo veiksmo; užtat įsakymu gali būti nurodomas ir veiksmas, ir susilaikymas nuo veiksmo. Todėl galima būti teisiškai įpareigotu kažką daryti arba susilaikyti ir kažko nedaryti, bet galima būti *įgalintu* tik kažką daryti. Tačiau galima būti įpareigotu tuo įgalinimu pasinaudoti; veiksmas, kuriam individą įgalina teisinė tvarka, tuo pat metu gali būti įsakomas, t. y. jis gali būti padaromas individo pareigos turiniu. Teisėjas įgalinamas (t. y. teisinė tvarka jam – ir tik jam – suteikia galią) tam tikromis sąlygomis skirti bausmę. Jis gali (bet nebūtinai turi) būti ir įpareigojamas tokią bausmę skirti, o tai daryti jis yra teisiškai įpareigojamas, jeigu už to nedarymą teisinė tvarka nustato sankciją. Tas pats pasakytina apie pozityviai leidžiamą elgesį (kai norma nustato išimtį iš bendrojo draudimo). Teisinė tvarka gali (bet nebūtinai turi) nustatyti pareigą šiuo leidimu pasinaudoti.

Šia proga galbūt leistina pakartoti: jeigu teisės taisyklė formuluojama teiginiu, kad tam tikromis sąlygomis „privalu" vykdyti tam tikrą prievartos aktą, tai žodis „privalu" nesako, ar prievartos akto vykdymas yra teisinio įpareigojimo, ar pozityvaus leidimo, ar įgalinimo turinys; jis aprėpia visus tris atvejus. Jeigu žodis „privalu" vartojamas norint išreikšti visų trijų atvejų prasmę, t. y. jeigu teiginys „kažkas privalo elgtis tam tikru būdu" reiškia tik tai, kad tokį elgesį nustato norma, tada teiginys, kad tas kažkas yra teisiškai įpareigotas (turi teisinę pareigą) elgtis tam tikru būdu, nurodo elgesį, priešingą tokiam elgesiui, kuris yra prievartos akto, kaip sankcijos, sąlyga. O jeigu šio akto neįvykdymas yra dar kito prievartos akto, kaip sankcijos, sąlyga, įvykdyti tokį aktą yra teisinė pareiga; antraip prievartos akto vykdymas yra tik įgalinamas arba pozityviai leidžiamas. Teisinė pareiga nėra (arba nėra tiesiogiai) privalomas elgesys[42]. Privalomas yra tik prievartos aktas, vykdantis sankcijos funkciją. Sakydami „tas, kas teisiškai yra įpareigotas elgtis tam tikru būdu, taip elgtis „privalo" pagal teisę", tik išreiškiame mintį, kad jeigu jis taip nesielgia, yra privalu (kaip sankciją) vykdyti prievartos aktą.

c) Atsakomybė

Teisinės atsakomybės, arba buvimo atsakingam, sąvoka yra glaudžiai susijusi su teisinės pareigos sąvoka, bet nėra jai tapati. Individas yra teisiškai įpareigotas elgtis tam tikru būdu, jeigu priešingas jo elgesys yra prievartos akto sąlyga. Tačiau šis prievartos aktas nebūtinai turi būti nukreiptas prieš įpareigotąjį individą („pažeidėją"), jis gali būti nukreiptas prieš kitą individą, su pirmuoju susijusį teisinės tvarkos apibrėžtais ryšiais. Sakoma, kad individas, prieš kurį nukreipiama sankcija, atsako, arba yra teisiškai atsakingas, už deliktą. Pirmuoju atveju jis atsako už savo paties deliktą – tuomet įpareigotasis ir atsakingasis individai sutampa: atsakingasis yra potencialus pažeidėjas. Antruo-

[42] Plg. p. 59.

ju atveju individas yra atsakingas už kažkieno kito padarytą deliktą – įpareigotasis individas nesutampa su atsakinguoju. Individas yra įpareigotas elgtis teisėtai ir atsako už neteisėtą elgesį. Įpareigotasis individas savo elgesiu gali užsitraukti sankciją arba jos išvengti. Tačiau tas individas, kuris atsako tik už kito individo pareigos neatlikimą (t. y. už kažkieno kito padarytą deliktą), savo elgesiu negali nei užsitraukti sankcijos, nei jos išvengti. Tai yra akivaizdu baudžiamosios atsakomybės už kažkieno kito padarytą deliktą atveju, t. y. kai sankcija yra bausmė. Tačiau tai pasakytina ir apie civilinę atsakomybę už kažkieno kito deliktą, kai sankcija yra civilinis išieškojimas. *A* turi pareigą perduoti *B* 1000, jeigu teisinė tvarka nustato, kad, jeigu *A* neperduos *B* 1000, į *A* arba į *C* turtą gali būti nukreipiamas civilinis išieškojimas. *C* savo elgesiu negali užsitraukti šios sankcijos, nes sankcijos sąlyga yra *A*, o ne *C* elgesys. C negali savo elgesiu ir išvengti šios sankcijos, nes jis atsako tik už *A* civilinį deliktą. Taip būtų tuo atveju, kai teisinė tvarka nustatytų, kad prieš *C* turi būti imamasi sankcijų, jeigu *A* neperduoda *B* 1000, net jeigu *C* perduoda *B* 1000, t. y. jeigu teisinė tvarka nepripažįsta, kad už *A* jo pareigą gali atlikti *C*. *C* ne tik gali atsakyti už tai, kad *A* neatlieka savo pareigos perduoti *B* 1000, bet pats gali būti įpareigojamas perduoti *B* 1000, jeigu *A* neatlieka savo pareigos. Taip bus, jeigu teisinė tvarka nustatys (kaip paprastai ji ir nustato), kad jeigu *A* arba *C* neperduoda *B* 1000, tai į *C* turtą turi būti nukreipiamas civilinis išieškojimas. Šiuo atveju *C*, kaip pareigos perduoti *B* 1000 subjektas, gali savo elgesiu užsitraukti sankciją arba jos išvengti. Kai už teisinės pareigos nevykdymą nustatytoji atsakomybė yra į turtą nukreipiamas civilinis išieškojimas, reikia skirti du galimus atvejus: a) turtas, į kurį turi būti nukreipiamas civilinis išieškojimas, yra individo, prieš kurį yra nukreiptas prievartos aktas, turtas; b) tas turtas – tai kažkieno kito turtas, o minėtas individas gali juo disponuoti. Pirmuoju atveju individas atsako savo asmeniu ir savo turtu; antruoju atveju reikia kalbėti apie dviejų individų atsakomybę: vieno, kuris disponuoja turtu, ir kito, kuris yra šią nuosavybę konstituojančių teisių subjektas. Vienas atsako savo asmeniu, kitas – savo turtu.

Atsakomybės už kažkieno kito deliktą atveju tas elgesys, kuris yra sankcijos sąlyga, yra ne individo, prieš kurį nukreipta sankcija, o kito individo elgesys. Individas, kuris atsako už kažkieno kito deliktą, nėra elgesio, teisinės tvarkos apibrėžiamo kaip sankcijos sąlyga, subjektas; jis yra tik elgesio, teisinės tvarkos apibrėžiamo kaip delikto padarinys, objektas, būtent – prievartos akto, kaip sankcijos, objektas. Šiuo požiūriu esama tam tikro panašumo tarp šio faktų komplekso ir to, kuris susidaro, kai teisinė tvarka nustato (jau minėtus) prievartos aktus, kurie nėra sankcijos: ir šiais atvejais individas, prieš kurį nukreiptas prievartos aktas, yra ne elgesio, teisinės tvarkos apibrėžiamo kaip prievartos akto sąlyga, subjektas, o tik elgesio, teisinės tvarkos apibrėžiamo kaip padarinys, objektas, būtent – prieš šį individą nukreiptų prievartos aktų objektas. Skirtumas čia tas, kad atsakomybės už kažkieno kito deliktą atveju prievartos akto sąlygos apima tam tikro individo tam tikrą elgesį, o prievartos aktų, kurie nėra sankcijos, atveju šios sąlygos tokio elgesio neapima.

d) Individuali ir kolektyvinė atsakomybė

Prievolės (pareigos) ir atsakomybės skirtumas turi ir kalbinę išraišką. Galima būti įpareigotu *pačiam* elgtis tam tikru būdu; negalima būti įpareigotu, kad tam tikru būdu elgtųsi kas nors kitas. Bet atsakyti galima ne tik už savo, bet ir už kažkieno kito elgesį. Atsakomybė už kieno nors kito padarytą deliktą prevencinį poveikį gali turėti tik tuo atveju, kai abu individus sieja toks ryšys, kuris leidžia tarti, jog įpareigotasis individas (potencialus pažeidėjas) sankcijos įvykdymą traktuoja kaip blogybę net ir tuo atveju, kai ji yra nukreipta prieš kitą individą, pavyzdžiui, jeigu sankcija yra nukreipta prieš šeimos, klano arba tautos narį, t. y. prieš vieną iš narių tokios grupės, kurios nariai daugiau ar mažiau save identifikuoja vienas su kitu, ir jeigu įpareigotasis ir atsakingasis individai abu priklauso tam pačiam kolektyvui. Kai teisinė tvarka nustato atsakomybę už kažkieno kito deliktą, toks ryšys paprastai yra preziumuojamas. Šiuo atveju atsakomybę už kito padarytą deliktą galima apibūdinti kaip kolektyvinę atsakomybę. Bet kolektyvinės atsakomybės sąvoką galima susiaurinti ir apsiriboti tik tais atvejais, kai sankcija yra nukreipta ne prieš atskirą individą, o prieš daugelį arba visus tos grupės, kuriai priklauso pažeidėjas, narius; antai kraujo kerštą galima vykdyti visiems žudiko šeimos nariams, o tarptautinės teisės sankcijas (represalijas ir karą) galima nukreipti prieš visus narius tos valstybės, kurios organas pažeidė tarptautinę teisę.

Kolektyvinė atsakomybė – būdingas pirmykštės teisinės tvarkos elementas, glaudžiai susijęs su kolektyvistine pirmykščio žmogaus mąstysena bei jausena. Dėl nepakankamai stipraus savojo ego suvokimo pirmykštis žmogus taip susitapatina su savosios grupės nariais, kad bet kokį reikšmingesnį grupės nario poelgį interpretuoja kaip „grupės“ poelgį, kaip kažką, ką padarėme „mes“; todėl jis linkęs atlygį skirti grupei taip pat, kaip ir prisiimti visai grupei skirtą bausmę. Bet jeigu sankcija yra nukreipta tik prieš pažeidėją, t. y. tą, kuris savo elgesiu padarė deliktą, individuali atsakomybė ima viršų.

e) Atsakomybė už kaltę ir absoliuti atsakomybė

Įprasta skirti atsakomybę už kaltę ir absoliučią atsakomybę. Jeigu teisinė tvarka veiksmą (arba susilaikymą nuo veiksmo), sukėlusį arba neužkirtusį kelio nepageidaujamam įvykiui (pavyzdžiui, žmogaus mirčiai), padaro sankcijos sąlyga, tai atvejį, kai besielgiantysis individas to įvykio siekė arba jį numatė, galima skirti nuo atvejo, kai tas įvykis įvyko šiam individui jo nesiekiant ir nenumatant, arba (kaip paprastai sakome) „atsitiktinai“. Pirmasis atvejis – tai atsakomybė už kaltę, antrasis – absoliuti atsakomybė. Jeigu nepageidaujamo įvykio buvo siekta sąmoningai, tai galima atskirti, kada kaltininko ketinimas buvo subjektyviai „tyčinis“, t. y. kada įvykis buvo sukeltas (arba jam nebuvo užkirsta kelio) siekiant padaryti žalą, o kada, priešingai, buvo siekiama daryti gera, kaip, pavyzdžiui, yra tada, kai gydytojas, kad nutrauktų kančias, sukelia nepagydomo ligonio mirtį. „Kaltė“ yra specifinis delikto elementas: tai yra tam tikras pozityvus pažeidėjo psichinio elgesio santykis su įvykiu, kurį sukėlė (arba kuriam neužkirto kelio) jo išorinis elgesys; tas santykis – tai jo siekimas arba numatymas. Bet jeigu tokio

santykio nėra, jeigu įvykis nebuvo nei numatytas, nei siektas, kalbame apie absoliučią atsakomybę.

Atsakomybė už kaltę paprastai apima vadinamojo neatsargumo atvejį. Neatsargumas yra tada, kai teisinės tvarkos požiūriu nepageidaujamo įvykio sukėlimas arba neužkirtimas jam kelio yra draudžiamas, nors individas to įvykio nenumatė ir nesiekė, bet įprastomis aplinkybėmis galėjo jį numatyti ir galėjo jo nesukelti arba užkirsti jam kelią. Vadinasi, teisinė tvarka įsako numatyti tam tikrus nepageidaujamus įvykius, kuriuos galima numatyti kaip tam tikro elgesio padarinius, ir todėl reikalauja, kad tokie įvykiai nebūtų sukeliami (arba kad jiems būtų užkertamas kelias). Neatsargumas – tai teisinės tvarkos reikalaujamo numatymo nebuvimas. Kitaip nei numatymas arba siekimas, neatsargumas nėra pozityvus pažeidėjo sąmonės santykis su nepageidaujamu įvykiu, kurį sukėlė (arba kuriam neužkirto kelio) jo elgesys. Neatsargumas – tai tokio santykio nebuvimas. Šiuo atžvilgiu neatsargumas yra trūkumo deliktas, už kurį teisinė tvarka nustato absoliučią atsakomybę.

f) Pareiga atlyginti žalą

Teisinė individo pareiga atlyginti jo paties arba kieno nors kito padarytą materialinę arba moralinę žalą dažnai interpretuojama kaip sankcija, todėl ši pareiga taip pat vadinama „atsakomybe". Tačiau tokiame konstrukte suplakamos pareigos, sankcijos ir atsakomybės sąvokos. Sankcija *per se* yra ne pareiga (ji gali, bet neprivalo būti taip traktuojama), bet prievartos aktas, kurį norma susieja su tam tikru elgesiu ir taip teisiškai įsako jam priešingą elgesį, t. y. tokį, kuris yra teisinės pareigos turinys. Šį dalyką galima apibūdinti ir taip: sankcija yra prievartos aktas, konstituojantis teisinę pareigą. Kaip jau minėta, atsakomybė taip pat nėra pareiga; ji yra individo, prieš kurį nukreiptas prievartos aktas, santykis su jo arba kieno nors kito padarytu deliktu. Individo pareiga – išvengti tokio elgesio, kuris yra deliktas. Teisinė tvarka gali individus įpareigoti nedaryti žalos kitiems ir nenustatyti pareigos atlyginti neteisėtai padarytą žalą. Pareiga atlyginti žalą yra tik tuo atveju, kai sankcijos sąlyga yra ne tik žalos padarymas, bet ir neteisėtai padarytos žalos neatlyginimas. Faktą, kad teisinė tvarka nustato pareigą atlyginti žalą, teisingai apibūdina tokia teisės taisyklė: „Jeigu individas padaro žalą kitam ir jos neatlygina, tai į jo turtą privalo būti nukreiptas prievartos aktas", t. y. iš individo privalo būti priverstinai paimta nuosavybė, kurią privalu perduoti nukentėjusiajam individui kaip padarytos žalos atlyginimą. Minėta, kad individas gali būti įpareigotas nedaryti žalos kitam ir nebūti įpareigotas atlyginti neteisėtai padarytą žalą. Taip būtų tuo atveju, kai individas negalėtų išvengti sankcijos ir atlyginęs žalą. Tačiau paprastai pagal pozityviąją teisę individas atlygindamas žalą gali išvengti sankcijos. Vadinasi, individas yra įpareigojamas ne tik nedaryti žalos kitam, – jis taip pat yra įpareigojamas, tokią žalą padaręs, ją atlyginti. Civilinio išieškojimo sankcija konstituoja dvi pareigas: pareigą nedaryti žalos (tai pagrindinė pareiga) ir pareigą atlyginti neteisėtai padarytą žalą (tai pakaitinė pareiga, atsirandanti vietoje pažeistos pagrindinės pareigos). Pareiga atlyginti žalą yra ne sankcija, o pakaitinė

pareiga. Civilinio išieškojimo sankcija yra tik tada, kai ši pareiga nevykdoma. Jeigu civilinio išieškojimo sankcija nukreipiama į savo elgesiu žalą padariusio, bet jos neatlyginusio individo turtą, tuomet jis atsako už savo deliktą, kurį sudaro tai, kad jis neatlygino savo elgesiu padarytos žalos. Bet už šį deliktą gali atsakyti ir kitas individas; taip bus tuo atveju, kai civilinio išieškojimo sankcija turi būti nukreipiama į kito individo turtą, jeigu pirmasis nevykdo savo pareigos atlyginti žalą. Antrasis individas atsako tik tuo atveju, kai jis negali išvengti sankcijos, pats atlygindamas pirmojo individo padarytą žalą. Tačiau pagal pozityviąją teisę jis paprastai gali tai padaryti ir sankcijos išvengti. Juk paprastai jis ne tik atsako už pirminę pareigą turinčio individo padarytos žalos neatlyginimą, bet ir turi antrinę pareigą atlyginti pirmojo padarytą žalą, jeigu anas to nepadarė. Tik kaip šios pareigos subjektas, o ne kaip atsakomybės objektas, savo elgesiu jis gali išvengti sankcijos. Tačiau tada jis atsako ne tik už pirmojo individo neteisėtai neatlygintą žalą, bet ir už savo paties pareigos atlyginti žalą pažeidimą. Nei ši jo pareiga atlyginti žalą, nei jo atsakomybė už šios pareigos vykdymą nėra sankcija. Sankcija užtraukiama tik tada, kai nei pirmasis, nei antrasis individas neatlygina neteisėtai padarytos žalos.

g) Kolektyvinė atsakomybė kaip absoliuti atsakomybė

Jeigu sankcija nukreipiama ne prieš pažeidėją, bet (kaip kolektyvinės atsakomybės atveju) prieš kitą individą, atsakomybė yra absoliuti. Atsakingojo individo ir nepageidaujamo įvykio, kurį sukėlė (arba kuriam neužkirto kelio) kažkieno kito neteisėtas elgesys, čia nesieja joks vidinis ryšys. Atsakingasis subjektas tikrai nenumatė ir nesiekė to įvykio. Bet gali būti, kad teisinė tvarka už kažkieno kito padarytą deliktą atsakomybę nustato tik tuo atveju, kai pažeidėjas deliktą padarė kaltai. Tokiu atveju atsakomybė pažeidėjo atžvilgiu yra atsakomybė už kaltę, o atsakomybės objekto atžvilgiu – absoliuti atsakomybė.

29. TEISĖ SUBJEKTYVIĄJA PRASME; TEISĖS IR ĮGALINIMAS

a) Teisė ir pareiga

„Pareigos“ ir „teisės“ sąvokas įprasta priešinti ir pirmenybę teikti antrajai. Teisės srityje kalbame apie „teises ir pareigas“, o ne apie „pareigas ir teises“, kaip moralės srityje, kur labiau pabrėžiamos pareigos, ir apie teises (*right*) kalbame taip, tarsi jos skirtųsi nuo teisės (*law*). Tačiau teisės (*right*) ir *yra* teisė (*law*) – teisė subjektyviąja šio žodžio prasme, pagal kontrastą su „teise“ (*law*) objektyviąja, t. y. teisinės tvarkos arba normų sistemos, prasme. Aprašant teisę (*law*) teisės (*right*) užima tokią svarbią vietą, kad pareigų beveik nematyti; vokiečių ir prancūzų teisinėje kalboje tuo pačiu žodžiu, būtent *Recht* ir *droit*, vadinamos ir „teisės“ (*right*), ir „teisė“ (*law*) kaip teisinę tvarką sudarančių normų sistema. Tad norint atskirti teises (*right*) nuo teisės (*law*) vokiečių kalboje

būtina kalbėti apie *subjektives Recht* ir *objektives Recht* (subjektinę teisę ir objektinę teisę) arba apie *Recht im subjektiven Sinne* ir *Recht im objektiven Sinne* (teisę subjektyviąja prasme ir teisę objektyviąja prasme), o prancūzų kalboje – apie *droit subjektif* ir *droit objektif*.

Vokiečių kalbos termino *subjektives Recht* prasmę paaiškinti sunku, nes juo aprėpiama daug įvairių faktų kompleksų. Vieną tokį faktų kompleksą nurodo teiginys, kad individas turi *das Recht*, t. y. „teisę" (*right*) elgtis tam tikru būdu. Jis gali nereikšti nieko daugiau, išskyrus negatyvų faktą, kad individui nėra teisiškai draudžiama (šiuo atveju – jam yra negatyviai leidžiama) elgtis arba nesielgti tokiu būdu, kad jis yra laisvas atlikti tam tikrą veiksmą arba nuo jo susilaikyti. Tačiau tas teiginys taip pat gali reikšti, kad tam tikras individas yra teisiškai įpareigotas (o iš tikrųjų – kad visi individai yra teisiškai įpareigoti) elgtis tam tikru būdu kito individo (t. y. teisę turinčio individo, arba teisės subjekto) atžvilgiu. Elgesys, kuris yra individo tiesioginė pareiga kitam individui, gali būti pozityvus arba negatyvus, t. y. tai gali būti tam tikras veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo. Toks veiksmas reiškia, kad įpareigotasis individas kažką atlieka kito individo atžvilgiu. Toks atlikimas gali būti tam tikro daikto perdavimas (vok. *Sachleistung*) arba tam tikros paslaugos suteikimas (*Dienstleistung*). Susilaikymas, kaip vieno individo pareiga kitam individui, gali būti arba susilaikymas nuo tam tikro veiksmo (pavyzdžiui, nuo kito individo nužudymo), arba toks susilaikymas, kuriuo neužkertamas kelias arba netrukdoma kito individo elgesiui (ypač neužkirtimas kelio arba netrukdymas jo veiksmams tam tikro daikto atžvilgiu). Antruoju atveju kalbame apie tai, kad vienas individas toleruoja kito individo elgesį, o pareigą kažką atlikti (*Leistungspflicht*) skiriame nuo pareigos toleruoti tam tikrą dalyką (*Duldungspflicht*).

Privalomą vieno individo elgesį kito atžvilgiu atitinka tam tikras kito individo elgesys. Tas kitas gali reikalauti tam tikro pirmojo individo elgesio. Pareigos kažką atlikti atveju antrasis individas gali gauti perduodamą daiktą arba teikiamą paslaugą. Pareigos toleruoti tam tikrą dalyką atveju privalomą elgesį atitinka toleruotinas elgesys (jeigu toleruojamas tam tikras elgesys tam tikro daikto atžvilgiu – tai yra naudojimasis daiktu, jeigu tai maistas – jo suvartojimas, galiausiai net to daikto sunaikinimas).

Vieno individo elgesys, atitinkantis kito individo privalomą elgesį, paprastai laikomas jo „teisės" turiniu, pareigą atitinkančio „reikalavimo" objektu. Vieno individo elgesys, atitinkantis kito individo privalomą elgesį, konkrečiai – privalomo elgesio reikalavimas, apibūdinamas kaip teisės įgyvendinimas. Tačiau pareigos susilaikyti nuo veiksmo (kaip antai susilaikyti nuo nužudymo arba apiplėšimo su įsilaužimu) atveju paprastai nekalbama apie teisę „būti nenužudytam" arba „būti neapiplėštam įsilaužus". Pareigos toleruoti tam tikrą dalyką atveju vieno individo elgesys, atitinkantis kito individo pareigą, apibūdinamas kaip „naudojimasis" (vok. *Genuss*) teise. Konkrečiai – apie naudojimąsi teise kalbame tada, kai turime reikalą su naudojimusi daiktu, jo suvartojimu arba net sunaikinimu, kurį kitas individas yra įpareigotas toleruoti.

Tačiau ši individo „teisė", arba „pretenzija", tėra kito individo arba individų pareiga. Jeigu apie individo teisę, arba pretenziją, kalbama taip, tarsi ji skirtųsi nuo kito individo

pareigos, sudaromas įspūdis, tarsi čia būtų du relevantiški faktai, nors esama tik vieno. Aptariamasis faktas išsamiai apibūdinamas kaip teisinė vieno individo pareiga tam tikru būdu elgtis kito individo atžvilgiu. Tai, kad individas yra įpareigotas elgtis tam tikru būdu, reiškia, jog elgiantis priešingai privalu taikyti sankciją; jo pareiga – tai norma, kuri įsako tokį elgesį, su priešingu elgesiu siedama sankciją. Jeigu individas yra įpareigotas kažką atlikti kitam, tuomet tos pareigos turinys yra tai, kas atliekama ir kito yra akceptuojama; kitam galima suteikti tik tai, ką šis akceptuoja. O jeigu individas yra kito individo atžvilgiu įpareigotas toleruoti tam tikrą šio elgesį, tuomet pareigos turinys yra šio elgesio toleravimas. Vadinasi, elgesį, atitinkantį įpareigotojo individo privalomą elgesį, jau yra nulėmęs tas elgesys, kuris yra pareigos turinys. Jeigu „teise" yra laikomas vieno individo santykis su kitu, kuris pirmojo atžvilgiu yra įpareigotas elgtis tam tikru būdu, tai toji teisė yra tik šios pareigos atspindys.

Pažymėtina, kad šio santykio „subjektas" yra tik įpareigotasis individas – tas, kuris savo elgesiu gali vykdyti arba pažeisti šią pareigą; „teisę" turintis individas, tas, kurio atžvilgiu privalu taip elgtis, tėra privalomą elgesį atitinkančio ir, vadinasi, pastarojo nulemto elgesio objektas. Teisės, kuri tėra teisinės pareigos atspindys, sąvoka, „refleksinės teisės" sąvoka, gali kaip pagalbinė sąvoka pasitarnauti aprašant teisinę situaciją, bet griežtai mokslinio teisinės situacijos aprašymo požiūriu ji yra perteklinė. Tai akivaizdžiai liudija ta aplinkybė, kad ne visais atvejais, kai yra teisinė pareiga, tariame esant ir „refleksinę teisę". Jeigu elgesys, kuriam yra įpareigotas vienas individas, yra nukreiptas ne į konkrečiai nurodytą kitą individą (t. y. jeigu šis elgesys neturi būti atliekamas konkrečiai apibrėžto individo atžvilgiu), o tik į teisinę bendruomenę apskritai, tai, nors kartais ir kalbama apie „bendruomenės (ypač valstybės) teisę" į įpareigotojo individo elgesį, kaip antai į jo pareigą atlikti karo tarnybą, tačiau kitais atvejais pasitenkinama tuo, kad tokiais atvejais tariama esant teisinę pareigą be ją atitinkančios refleksinės teisės, pavyzdžiui, tada, kai teisės normos, grasindamos bausme, nustato, koks turi būti žmonių elgesys tam tikrų gyvūnų, augalų arba negyvų daiktų atžvilgiu. Draudžiama tam tikru metu (arba apskritai) žudyti tam tikrus gyvūnus, skinti tam tikras gėles, kirsti tam tikrus medžius arba naikinti tam tikrus istorinius paminklus. Tai pareigos, kurios – netiesiogiai – yra pareigos teisinei bendruomenei, kuriai rūpi šie objektai. Bet negalvojama, kad esama kokių nors gyvūnų, augalų arba paminklų refleksinių teisių. Argumentas, kad saugomieji gyvūnai, augalai ir negyvieji daiktai nėra refleksinių teisių subjektai, nes šie objektai nėra „asmenys", nėra teisingas. Juk „asmuo", kaip toliau matysime, yra teisės subjektas; ir jeigu refleksinės teisės subjektas yra tas individas, kurio atžvilgiu įpareigotasis individas turi elgtis tam tikru būdu, tada gyvūnai ir t. t., kurių atžvilgiu žmonės turi tam tikrų pareigų, išties yra teisės į šį elgesį „subjektai" ta pačia prasme, kuria kreditorius yra teisės, kurią nusako skolininko pareiga, subjektas. Tačiau, kaip sakyta, jeigu žmogus turi pareigą elgtis tam tikru būdu kito žmogaus atžvilgiu, tai tik pirmasis, o ne pastarasis yra „subjektas", būtent pareigos subjektas. Kadangi refleksinė teisė yra tapati pareigai, individo, į kurį yra nukreipta ši pareiga, negalima laikyti „subjektu", nes jis nėra šios pareigos subjektas. Individas, kurio atžvilgiu turi būti elgiamasi įpareigotuoju būdu, tėra šio elgesio ob-

jektas, panašiai kaip gyvūnas, kurio atžvilgiu individas turi pareigą elgtis tam tikru būdu. Neturi pagrindo ir argumentas, kad gyvūnai negali „pareikšti pretenzijų", kurios atitiktų tą pareigą. Juk refleksinės teisės buvimui nebūtina, kad įpareigotojo elgesio būtų reikalaujama. Ta aplinkybė, kad pretenzija nepareiškiama arba dėl kokių nors priežasčių jos negalima pareikšti, teisinės situacijos nekeičia.

Teisiškai relevantiškame akte pretenzija yra pareiškiama tik tuo atveju, kai dėl pareigos nevykdymo galima pareikšti ieškinį teisme. Bet tokia situacija paprastai visiškai skiriasi nuo grynai refleksinės teisės; ją aptarsime vėliau. Šiaip ar taip, refleksinės teisės be ją atitinkančios teisinės pareigos būti negali. Tik tuo atveju, kai individas yra teisiškai įpareigotas tam tikru būdu elgtis kito individo atžvilgiu, tas kitas turi „teisę" į tokį elgesį. Išties refleksinė vieno teisė tėra kito pareiga.

Tradicinis požiūris, esą teisės ir pareigos yra du skirtingi teisinio pažinimo objektai ir kad pirmosios netgi yra viršesnės už antrąsias, veikiausiai kyla iš prigimtinės teisės doktrinos. Ši doktrina taria, jog esama prigimtinių, žmogui įgimtų teisių, buvusių dar iki atsirandant kokiai nors pozityviai teisinei tvarkai. Viena svarbiausių iš šių prigimtinių teisių yra teisė į asmeninę nuosavybę. Pagal šią doktriną prigimtinę būklę nutraukiančios pozityviosios teisinės tvarkos (pvz., valstybės) paskirtis – garantuoti prigimtines teises nustatant atitinkamas pareigas. Šis požiūris turėjo įtakos istorinės jurisprudencijos mokyklos atstovams, inicijavusiems XIX a. teisinį pozityvizmą ir padariusiems lemiamą įtaką bendrosios teisės teorijos sampratai. Antai Dernburgas sako: „Istoriškai subjektinės teisės buvo kur kas anksčiau, nei susiformavo sąmoninga nacionalinė teisinė tvarka (valstybė). Jos buvo grindžiamos individo asmenybe bei tuo asmens ir jo nuosavybės pripažinimu, kurį šiems pavykdavo pasiekti ir įtvirtinti. Teisės sistemos samprata iš jau esančių subjektinių teisių palaipsniui išsirutuliojo tik abstrahavimo būdu. Todėl požiūris, kad subjektinės teisės yra tik objektinės teisės vedinys, yra antiistorinis ir klaidingas"[43]. Jeigu prigimtinių teisių buvimo prielaida yra atmetama ir jeigu subjektinės teisės yra pripažįstamos tik tada, kai jas nustato pozityvioji teisinė tvarka, tai tampa akivaizdu, jog subjektinė teisė (kaip refleksinė teisė) suponuoja ją atitinkančią teisinę pareigą – tiesą sakant, ji ir *yra* šioji teisinė pareiga.

b) *Jus ad rem* ir *Jus in personam*

Dėl romėnų jurisprudencijos įtakos paprastai skiriame teisę į daiktą (*jus ad rem*) ir teisę asmens atžvilgiu (*jus in personam*). Šis skirtumas klaidina, nes kiekviena teisė daikto atžvilgiu kartu yra ir teisė asmens atžvilgiu. Jeigu siekiama šį skirtumą (vok. *Sachenrecht* ir *Personenrecht*) išlaikyti ir teisė į daiktą apibrėžiama kaip individo teisė disponuoti tam tikru daiktu, tai nepastebima, kad ši teisė reiškia vien teisinę kitų individų pareigą toleruoti šį disponavimą, tad teisė į daiktą kartu yra teisė asmens atžvilgiu. Svarbiausias čia yra santykis tarp individų, ir būtent šį santykį implikuoja teisė į daiktą. Ją konstituoja kitų indivi-

[43] Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts (der Pandekten achte, umgearbeitete Auflage)*, I d. (1919), p. 65.

dų pareiga toleruoti tam tikro individo disponavimą tam tikru daiktu. Santykis su daiktu tėra antraeilis dalykas, nes jis tik padeda aiškiau apibrėžti pirmąjį santykį.

Tipiška teisė į daiktą (arba daiktinė teisė), kuria grindžiamas pats šis skirtumas, yra nuosavybės teisė. Tradicinis teisės mokslas ją apibrėžia kaip asmens išimtinį viešpatavimą daiktui ir tokiu būdu ją skiria nuo reikalavimo teisės, kuria grindžiami tik asmenų teisiniai santykiai. Šis civilinei teisei toks svarbus skirtumas yra atvirai ideologinio pobūdžio.

Kadangi teisė, kaip socialinė tvarka, reguliuoja individų elgesį jų tiesioginiuose arba netiesioginiuose santykiuose su kitais individais[44], tai ir nuosavybė teisine prasme gali reikšti tik tam tikrą vieno individo santykį su kitais individais. Tas santykis – tai šių kitų individų pareiga netrukdyti pirmajam disponuoti tam tikru daiktu. Tai, kas apibūdinama kaip individo išimtinis „viešpatavimas" daiktui, yra teisiškai nustatytas visų kitų individų galėjimo disponuoti tuo daiktu pašalinimas. Teisine prasme vieno viešpatavimas tėra kitų pašalinimo atspindys. Viešpatavimas yra santykis tarp šių kitų individų ir to vieno, paprastai tariant – santykis tarp asmenų ir tik išvestine prasme – santykis su daiktu, būtent toks kitų santykis su tuo daiktu, per kurį nustatomas jų santykis su anuo vieninteliu. Vis dėlto tebevyrauja tradicinis nuosavybės, kaip asmens išimtinio viešpatavimo daiktui, apibrėžimas, o teisiškai esminis santykis yra ignoruojamas. Taip yra veikiausiai dėl to, kad nuosavybės, kaip individo ir daikto santykio, apibrėžimas nuslepia ekonomiškai svarbiausią šio santykio funkciją – tą funkciją, kuri (jei kalbama apie gamybos priemonių nuosavybę) socialistinės teorijos pagrįstai arba nepagrįstai yra įvardijama kaip „išnaudojimas"; o šią funkciją neabejotinai atlieka savininko santykis su visais kitais subjektais, nušalintais nuo disponavimo tuo daiktu ir teisiškai įpareigotais gerbti savininko išimtinę galią disponuoti tuo daiktu. Tradicinis teisės mokslas užsispyręs priešinasi, kad vieno individo teisė būtų traktuojama tik kaip kitų individų pareigos atspindys, nes tradicinis teisės mokslas yra įsitikinęs, jog jis privaląs pabrėžti (tegu ir vien dėl ideologinių priežasčių) teisių pirmenybę.

Aprašant du faktų kompleksus, tradicinio teisės mokslo apibūdinamus kaip *jus in personam* ir *jus ad rem*, verta kalbėti apie absoliučias ir santykines refleksines teises – taip išvengiama bet kokio ideologinio tendencingumo. Tam tikru būdu elgtis individo atžvilgiu gali būti individo pareiga; tai pasakytina, pavyzdžiui, apie skolininko santykį su kreditoriumi, nes čia tik skolininkas turi pareigą kai ką atlikti kreditoriaus atžvilgiu ir todėl tik kreditorius turi refleksinę teisę į šį atlikimą. Skolininko pareiga bei kreditoriaus refleksinė teisė yra nukreipta tik į konkretų individą ir, vadinasi, yra tik santykinė. Tačiau jeigu toks elgesys yra elgesys konkretaus daikto atžvilgiu, tai gali būti taip, kad tam tikru būdu elgtis su konkrečiu individu yra visų kitų individų pareiga. Taip esti nuosavybės teisių atveju: čia visi kiti yra įpareigoti neužkirsti kelio arba netrukdyti konkrečiam individui disponuoti daiktu. Refleksinė teisė, kurią sudaro visų šių kitų pareiga, yra nukreipta prieš visus šiuos kitus individus ir šiuo atžvilgiu yra absoliuti teisė. Terminijos

[44] Plg. §5 ir §6.

požiūriu santykinių ir absoliučių refleksinių teisių skirtumas nėra labai vykęs, nes vadinamosios „absoliučios“ teisės taip pat yra tik santykinės; jos – tai tik daugelio santykis su vienu. Refleksinė nuosavybės teisė iš tikrųjų nėra absoliuti teisė; ji yra gausybės pareigų, kurias neapibrėžtas skaičius individų turi vieno individo atžvilgiu dėl vieno daikto, atspindys, ir tuo ji skiriasi nuo pretenzijos, kuri yra tik vienos konkretaus individo pareigos kitam konkrečiam individui atspindys.

Tačiau antrinis santykis su daiktu neapsiriboja vadinamosios *jus ad rem* atvejais, bet gali būti ir reikalavimo, arba *jus in personam*, atveju, pavyzdžiui, kai skolininkas turi pareigą perduoti tam tikrą daiktą kreditoriui, kai, tarkime, kas nors pagal pirkimo–pardavimo sutartį turi pareigą perduoti kieno nors kito nuosavybėn tam tikrą kilnojamąjį arba nekilnojamąjį turtą. Šiuo atveju kreditoriaus teisė skiriasi nuo *jus ad rem* tuo, kad jo teisė atitinka tik konkretaus individo pareigą.

Šioje analizėje svarstoma tik refleksinė teisė. Tradicinėje doktrinoje ji vaidina lemiamą vaidmenį, nors ši vieno individo „teisė“ yra ne kas kita, kaip kito arba visų kitų pareiga elgtis tam tikru būdu su pirmuoju. Tačiau jeigu nuosavybės teisė apibrėžiama kaip savininko teisinė galia nušalinti visus kitus nuo disponavimo tam tikru daiktu, tai turime reikalą jau ne vien su refleksine teise. Individas tokią teisinę galią turi tik tada, kai įstatymas jį įgalina teisme pareikšti ieškinį dėl to, kad buvo pažeista pareiga netrukdyti jam disponuoti tam tikru daiktu.

c) „Teisė“ kaip juridiškai ginamas interesas

Tradicinis teisės mokslas teisę subjektyviąja prasme dažnai apibrėžia kaip juridiškai ginamą interesą – čia teisė traktuojama kaip teisinių pareigų atspindys. Toks apibrėžimas aiškiai demonstruoja tradiciniam teisės mokslui būdingą dualizmą: teisės, t. y. teisė subjektyviąja prasme, priešpriešinama teisei objektyviąja prasme. Šiame dualizme glūdi neišsprendžiamas prieštaravimas. Jeigu teisė objektyviąja prasme yra norma arba normų sistema (normatyvinė tvarka), o teisės, kaip teisė subjektyviąja prasme, yra kažkas visiškai skirtinga, būtent interesas, tai viena bendra sąvoka negali apimti ir teisės objektyviąja prasme, ir teisių kaip teisės subjektyviąja prasme. Šio prieštaravimo negalima išvengti pripažįstant tarp teisės objektyviąja prasme ir teisių, kaip teisės subjektyviąja prasme, esant tam tikrą sąsają, būtent – kad antroji yra interesas, ginamas pirmosios. Jeigu teisė suvokiama kaip norma, tai teisė – net „subjektyviąja prasme“ – negali būti pats ginamasis interesas, bet tik šio intereso apsauga, t. y. teisė objektyviąja prasme. Tokia apsauga reiškia, kad teisinė tvarka su šio intereso pažeidimu susieja sankciją, t. y. nustato teisinę pareigą nepažeisti šio intereso, kaip antai skolininko teisinę pareigą grąžinti kreditoriui gautą paskolą. Pagal intereso teoriją, kreditoriaus teisė – tai jo interesas, kurį gina skolininko teisinė pareiga grąžinti paskolą. Bet ši teisė, kaip refleksinė teisė, tėra skolininko teisinė pareiga.

Intereso teorijos požiūriu refleksinės teisės prielaida yra negalima, jeigu aktas, kurį vienas individas yra įpareigotas padaryti kitam, yra tam tikros blogybės padarymas pas-

tarajam. Taip yra tuo atveju, kai tas aktas savo pobūdžiu yra teisinės tvarkos nustatyta sankcija, o tos sankcijos skyrimas bei taikymas konkrečiose situacijose yra teisės taikymo organų oficialios pareigos turinys. Paprastai niekas nėra suinteresuotas patirti blogybę. Jeigu aptariamoji pareiga gina interesą, tai šis negali būti individo, prieš kurį yra nukreipta sankcija, interesas; pateiktajame pavyzdyje tai negali būti savo pareigos nevykdančio skolininko interesas, taigi ir jo teisė; kreditoriaus interesą, tad ir jo teisę, gina skolininko teisinė pareiga grąžinti paskolą. Baudžiamosios sankcijos atveju negali būti taip, kad pažeidėjo interesą, tad ir jo teisę, gintų teisės taikymo organo pareiga nubausti pažeidėją. Jeigu vis dėlto tariama tokią teisę esant (o tai kartais yra daroma) ir sakoma, kad pažeidėjas turi teisę būti nubaustas, kad jis gali reikalauti teisiškai nustatytos bausmės (t. y. kad būtų atlikta pareiga jį nubausti), tai toks požiūris yra grindžiamas tuo, kad bendruomenės interesas reaguoti į deliktą tam tikra sankcija yra interpretuojamas kaip pažeidėjo interesas („teisingai suvoktas“ interesas). Bet bendruomenės interesas, arba – tiksliau – tai, kad šį interesą gina oficiali teisės taikymo organų pareiga, paprastai nėra vadinamas subjektine refleksine teise; ne visuomet, kai esama teisinės pareigos, yra įprasta kalbėti apie ją atitinkančią refleksinę teisę.

d) „Teisė“ kaip teisinė galia

Tradicinėje jurisprudencijoje intereso teorijai oponuoja vadinamoji valios galios teorija, pagal kurią „teisės“, t. y. teisė subjektyviąja prasme, yra teisinės tvarkos suteiktoji valios galia. Tačiau taip apibrėžtas objektas skiriasi nuo to, apie kurį kalba intereso teorija: tai yra įgalinimas, teisinė galia, kurią individui suteikia teisinė tvarka. „Teisė“ (*right*) šia prasme yra tada, kai viena iš teisinę pareigą konstituojančios sankcijos sąlygų yra prašymas – paprastai individo, kurio atžvilgiu toji pareiga yra nustatyta, prašymas; tokiu prašymu siekiama sankcijos įvykdymo, ir jis turi teisės taikymo organui pareiškiamo ieškinio formą. Taikyti bendrąją normą (t. y. išleisti individualiąją normą, su konkrečia sankcija susiejančią konkretų teisės taikymo organo nustatytą deliktą) šis organas gali tuo atveju, kai įgalintasis individas – ieškovas – pateikia minėtą prašymą, po kurio teisės taikymo organas pradeda procesą, konkrečiai – teismo procesą. Tokiu atveju teisė, t. y. tam tikra bendroji teisės norma, kurią turėtų taikyti teisinis organas, yra to konkretaus individo žinioje; šiuo atžvilgiu teisė iš tikrųjų yra „jo“ teisė (*law*), vadinasi, jo subjektinė teisė (*right*). Jeigu apibūdindami šią situaciją pasitelktume pagalbinę „refleksinės teisės“ sąvoką, tai galėtume sakyti, jog teisę, kaip teisinės pareigos atspindį, papildo teisę turinčio individo teisinė galia pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad kaip reakcija į pareigos, kurios atspindys yra jo teisė, neatlikimą būtų įvykdyta sankcija, arba, kaip paprastai (nors ne visiškai teisingai) formuluojama, pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad būtų užtikrintas šios pareigos įvykdymas.

Šios situacijos negalima išsamiai apibūdinti nurodant vieno individo pareigą tam tikru būdu elgtis kito individo atžvilgiu. Juk esminis elementas čia yra antrajam suteikta teisinė galia pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad kaip reakcija į pareigos neatlikimą

būtų įvykdyta sankcija. Bet ši teisinė galia – tai visai kas kita nei toji teisinė pareiga, už kurios neatlikimą yra realizuojama sankcija, o naudodamasis šia teisine galia individas yra visiškai kitokios teisės – ne vien teisinės pareigos atspindžio – „subjektas". Tik tokiu atveju, kai teisinė tvarka suteikia šitokią teisinę galią, turime reikalą su „teise" specifine technine šio žodžio prasme – su teisine galia, suteikta tam, kad būtų pareikštas ieškinys ir šitaip būtų inicijuotas sankcijos, kaip reakcijos į pareigos neatlikimą, įvykdymas. Pasinaudojimas šia teisine galia – tai ir yra „naudojimasis teisėmis" specifine šio žodžio prasme. Pareigos, kurios neatlikimas užtraukia pasinaudojimą tokia teisine galia, turinį sudarantis elgesys šio naudojimosi nekodeterminuoja. O tradicinėje vartosenoje „naudojimusi teise", be abejo, yra vadinamas kitoks pareigą turinčio individo elgesys – būtent toks elgesys, kuris atitinka įpareigotąjį elgesį ir yra jo kodeterminuojamas. Tai yra naudojimasis refleksine teise.

Pagal tradicinę teoriją kiekviena individo teisė apima tam tikrą „pretenziją" kito individo elgesiui, būtent reikalavimą to elgesio, kuriam antrasis individas yra įpareigotas pirmojo atžvilgiu, t. y. elgesio, kuris yra su refleksine teise sutampančios teisinės pareigos turinys. Tačiau tokios „pretenzijos" pareiškimas gali būti teisiškai relevantiškas tik tuo atveju, kai yra naudojamasi teisine galia, kuria refleksinė teisė turi būti aprūpinta tam, kad taptų vadinamąja teise subjektyviąja to žodžio prasme. Jeigu individas, kurio atžvilgiu kitas individas yra įpareigotas elgtis tam tikru būdu, neturi teisinės galios pareikšti ieškinio ir šitaip inicijuoti, kad kaip reakcija į pareigos neatlikimą būtų įvykdyta sankcija, tai aktas, kuriuo jis reikalauja pareigos atlikimo, nesukelia jokių specifinių teisinių padarinių; išskyrus tai, kad toks aktas nėra teisiškai draudžiamas, teisės požiūriu jis yra nerelevantiškas. Todėl su „pretenzija", kaip su teisinius padarinius sukeliančiu aktu, susiduriame tik tuomet, kai esama vadinamosios teisės subjektyviąja prasme, kitaip tariant, kai individas turi čia aptartąją teisinę galią.

Nei ši vadinamoji teisė subjektyviąja prasme, nei teisinė pareiga nesiskiria nuo teisės objektyviąja prasme ir nėra nuo jos nepriklausoma. Pirmoji, kaip ir teisinė pareiga, yra teisės norma – tokia teisės norma, kuri tam tikram individui suteikia specifinę teisinę galią. Tai, kad šis individas „turi" teisę, t. y. specifinę teisinę galią, reiškia tik tai, kad teisės norma tam tikrą šio individo aktą yra padariusi tam tikrų padarinių sąlyga. Jeigu tradicinė teorija teisę apibūdina kaip teisinės tvarkos suteiktą teisinę galią, tai ši teorija turi galvoje teisinę galią, kuria naudojamasi pareiškiant ieškinį teisme. Tačiau kalbant apie teises (t. y. teisę subjektyviąja prasme) turima galvoje ne tik ši teisinė galia, bet ir ši galia kartu su refleksine teise, t. y. su pareiga, prieš kurios nevykdymą ir yra nukreiptas tos teisinės galios panaudojimas; kitaip tariant, turima galvoje refleksinė teisė, aprūpinta tokia teisine galia. Čia pabrėžiama refleksinė teisė. Tačiau, kaip buvo parodyta, tokios teisės, kuri yra daugiau nei tik teisinės pareigos atspindys, esmę nusako ta aplinkybė, kad teisės norma suteikia individui teisinių galių pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad kaip reakcija į pareigos neatlikimą būtų įvykdyta sankcija. Toliau kalbėdami apie teises technine prasme turėsime galvoje būtent šias teisės normas, individui suteikiančias teisinių galių.

Tokių teisių nustatymas, kitaip nei teisinių pareigų nustatymas, nėra esminė teisės funkcija. Tai yra ne būtinoji, o tik viena iš galimų teisės funkcijų – speciali teisinė technika. Tai specifinė kapitalistinės teisinės tvarkos technika – tiek, kiek ši tvarka garantuoja privačios nuosavybės institutą ir todėl ypatingą dėmesį skiria individualiems interesams. Ši technika vyrauja ne visose kapitalistinės teisinės tvarkos srityse, o visiškai išplėtota ji yra tik vadinamosios privatinės teisės domene bei kai kuriose administracinės teisės srityse. Šiuolaikinė baudžiamoji teisė šios technikos nenaudoja arba ją naudoja tik išimtiniais atvejais. Nužudymo arba neatsargaus gyvybės atėmimo atveju individo, kurio atžvilgiu buvo pasielgta draudžiamu būdu, nebėra, todėl jis negali iškelti bylos savo žudikui arba gyvybės atėmėjui; bet ir kitais nusikalstamo elgesio atvejais individą, tapusį nusikaltimo auka, pakeičia valstybės organas, kuris, kaip kaltintojas *ex officio*, inicijuoja procesą, turintį pasibaigti sankcijos įvykdymu. Vadinasi, privatinei teisei būdingų teisių esmė yra ta, kad teisinė tvarka individui (ne bendruomenės „organui“, bet individui, tradiciškai vadinamam „privačiu asmeniu“, ir paprastai tam individui, kurio atžvilgiu kitas individas yra įpareigotas elgtis tam tikru būdu) suteikia specifinių teisinių galių, būtent teisinių galių inicijuoti procesą, turintį pasibaigti teismo sprendimu, kuriuo kaip reakcija į pareigos pažeidimą skiriama konkreti sankcija.

Panašiai kaip *pareigos* subjektas *teisės* subjektas taip pat gali būti ne vienas individas, bet du arba daugiau individų. Teisės subjektas yra du arba daugiau individų, jeigu pareiga (kuri yra tapati refleksinei teisei) apima elgesį dviejų arba daugiau individų atžvilgiu ir jeigu teisinę galią pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad kaip reakcija į pareigos neatlikimą būtų įvykdyta sankcija, gali panaudoti vienas *arba* kiti individai – alternatyviai arba visi kooperuodamiesi drauge.

Ši individui suteikta teisinė galia paprastai apima ir įgalinimą paduoti apeliaciją dėl nepalankaus teismo sprendimo (vadinamąja apeliacinio proceso tvarka) remiantis tuo, kad tas sprendimas neatitinka įstatymo; šiuo aktu yra pradedamas procesas, leidžiantis panaikinti ginčijamą sprendimą ir jį pakeisti kitu. Tokia teisinė galia užtikrinama ne tik tam individui, kurio atžvilgiu yra nustatyta pareiga, bet ir tariamosios teisinės pareigos subjektui. Pagal šiuolaikinę proceso teisę apeliaciją dėl jam nepalankaus teismo sprendimo paduoti gali ne tik ieškovas, bet ir atsakovas. Atsakovo teisinė galia naudojama mėginant atremti ieškovo jam reiškiamą ieškinį ir neleisti, kad būtų priverstinai užtikrintas, atsakovo manymu, nesamos pareigos atlikimas. Šiuo atveju teisinės atsakovo galios nevadiname „teise“ specifine technine prasme.

Pagal šiuolaikinę administracinę teisę analogiška galia yra suteikiama individui, kurio atžvilgiu išleistas, pastarojo nuomone, teisinio pagrindo neturintis administracinis įsakas, t. y. tokiam individui, kuriam yra adresuojama individualioji norma, reikalaujanti iš jo tam tikro elgesio. Toks individas yra įgalintas apskųsti administracinį įsaką ir šitaip inicijuoti procesą, galintį baigtis kitos, ankstesniąją panaikinančios arba pakeičiančios, individualiosios normos nustatymu. Tokiais atvejais taip pat paprastai nekalbame apie „teisę“ technine šio žodžio prasme.

e) „Teisė“ kaip pozityvus leidimas

Kaip jau sakėme, teiginys, kad individas turi teisę elgtis tam tikru būdu (pavyzdžiui, užsiimti tam tikra veikla), gali reikšti, kad tokia šio individo veikla nėra teisiškai draudžiama arba kad kiti yra įpareigoti netrukdyti šiai veiklai, arba kad teisę turintis individas turi teisinę galią inicijuoti teisinį procesą, jeigu atitinkama pareiga būtų pažeista. Tokia „teisė“ gali reikšti ir tai, kad tam tikra veikla (pavyzdžiui, verslas) bus teisėta tik su sąlyga, kad leidimą (vadinamą „koncesija“ arba „licencija“) jai savo laisva nuožiūra arba dėl to, kad buvo patenkinti tam tikri reikalavimai, išdavė bendruomenės organas, valstybės institucija. Be tokio oficialaus leidimo užsiimti šia veikla draudžiama, t. y. tai užtraukia sankciją. Toks leidimas – tai jau ne paprastas negatyvus nedraudimo faktas, bet pozityvus bendruomenės organo aktas. Svarbus vaidmuo jiems tenka šiuolaikinėje administracinėje teisėje. Tokia oficialiu leidimu grindžiama teisė – tai ne refleksinė teisė; ji nėra tik atitinkamos pareigos funkcija. Su teisine galia ši teisė yra susijusi tiek, kiek ji reiškia iš valdžios institucijų gautomis licencijomis arba koncesijomis grindžiamą įgalinimą sudarinėti tam tikrus teisinius sandorius, kaip antai prekiauti alkoholiniais gėrimais arba tam tikrais vaistais.

f) Politinės teisės

Vadinamosios „politinės teisės“ – atskira kategorija. Jos paprastai yra apibrėžiamos kaip galia daryti įtaką valstybės valios formavimuisi, o tai reiškia – tiesiogiai arba netiesiogiai dalyvauti formuojant tą „valstybės valią“ išreiškiančią teisinę tvarką. Tačiau toks apibrėžimas tinka tik bendrosioms šios tvarkos normoms, t. y. įstatymams. Tų, kurie šioms normoms yra pavaldūs, dalyvavimas įstatymų leidyboje, t. y. kuriant bendrąsias teisės normas, yra esminis demokratinės valdymo formos bruožas, skiriantis ją nuo autokratinės valdymo formos, kai formuojant valstybės valią piliečiai nedalyvauja, tad ir neturi politinių teisių. Demokratinę įstatymų leidybą gali vykdyti tiesiogiai „liaudis“, t. y. tie, kurie yra pavaldūs normoms. Šiuo atveju kalbame apie tiesioginę demokratiją, kai individas turi teisę dalyvauti tautos įstatymų leidybos asamblėjoje, joje kalbėti ir balsuoti. Arba – žmonės įstatymų leidyboje dalyvauja tik netiesiogiai, o tai reiškia, kad šią funkciją vykdo tautos renkamas parlamentas. Tokiu atveju valstybės valios formavimas – bendrųjų teisės normų kūrimas – vyksta dviem etapais: pirmiausia išrenkamas parlamentas, paskui parlamento nariai leidžia įstatymus. Todėl šiuo atveju individai, sudarantys tam tikros apygardos rinkėjų korpusą, turi dvi teises: teisę balsuoti, o išrinktieji – ir teisę būti parlamento nariais ir ten dalyvauti svarstant bei priimant sprendimus. Tai yra politinės teisės.

Jeigu šių teisių esmė yra tai, kad individams užtikrinamas galėjimas dalyvauti formuojant valstybės valią (kuriant teisės normas), tai ir privatinės teisės nustatomos teisės – privačios teisės – taip pat yra politinės teisės, nes jos taip pat leidžia jas turinčiam individui dalyvauti formuojant valstybės valią.

Individualioji teismo sprendimo norma tai išreiškia ne mažiau nei bendrosios įstatymo normos.

Esama ir kitų politinių teisių – ne tik teisė balsuoti renkant parlamentą bei parlamente. Pagal demokratinę konstituciją gali būti renkama į pareigas ne tik įstatymų leidybos, bet ir vyriausybės, administraciniuose bei teismo organuose. Tiek, kiek šių organų funkcija yra teisėkūra, tiek atitinkama teisė balsuoti, kaip ir teisė balsuoti renkant parlamentą, reiškia teisinę galią (netiesiogiai) dalyvauti kuriant tas teisės normas, kurias šie organai yra įgalinti kurti.

Privačią teisę (t. y. teisinę galią pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad kaip reakcija į pareigos neatlikimą būtų įvykdyta sankcija) ir politinę teisę (kuri taip pat yra teisinė galia) apimti viena sąvoka, būtent teisės (t. y. teisės subjektyviąja prasme) sąvoka, įmanoma tik tiek, kiek jos abi išreiškia tą pačią teisinę funkciją: teisei pavaldžių individų dalyvavimą teisėkūroje. Čia reikia turėti galvoje, jog privati teisė nuo politinės teisės skiriasi dar ir tuo aspektu, kad abiem šiais atvejais skirtinga yra teisinės galios funkcija. Dalyvauti kuriant individualiąją normą teisinė tvarka kreditorių įgalina tuo atžvilgiu, kad jis pareiškia ieškinį teisme siekdamas (kaip paprastai formuluojama) užtikrinti, kad jo skolininkas atliktų savo pareigą. Politinės teisės subjektas, pavyzdžiui, rinkėjas, turi teisinę galią dalyvauti kuriant bendrąsias teisės normas, bet šio dalyvavimo tikslas nėra kito individo pareigos rinkėjui įvykdymo užtikrinimas. Naudojimąsi šia teisine galia gali (bet nebūtinai turi) užtikrinti kitam individui nustatyta teisinė pareiga, lygiai taip pat kaip naudojimasis įgalinimu gali, bet nebūtinai turi, būti įgalintojo individo pareiga. Teisėjas gali būti įpareigotas priimti kreditoriaus ieškinį; tai padaryti jis yra teisiškai įpareigotas, jeigu jo atsisakymas užtraukia drausminę nuobaudą kaip reakciją į oficialios pareigos pažeidimą. Bet kreditoriui suteiktos teisinės galios (o ji yra jo teisė) paskirtis yra užtikrinti ne šios oficialios pareigos atlikimą – ji turi užtikrinti skolininko pareigos atlikimą. Rinkimų apylinkės tarnautojas gali būti įpareigotas surinkti ir suskaičiuoti rinkėjų balsus; jis *yra* tam įpareigotas, jeigu šios funkcijos nevykdymas kaip pasekmę užtraukia sankciją. Tačiau tos teisinės galios, kurią implikuoja politinė rinkimų teisė, paskirtis nėra užtikrinti šios oficialios pareigos atlikimą. Kitaip nei privačią teisę konstituojančios teisinės galios atveju jos tikslas yra ne reaguoti į individualių teisinių pareigų neatlikimą, bet (netiesiogiai) dalyvauti kuriant bendrąsias normas, nustatančias teisines pareigas.

Politinėms teisėms priklauso ir vadinamosios pagrindinės teisės arba laisvės, numatytos daugelyje šiuolaikinių konstitucijų. Jos garantuoja lygybę įstatymui, nuosavybės bei asmens laisves (t. y. neliečiamumą), žodžio (ypač spaudos), sąžinės (ypač religijos), susirinkimų ir kitas laisves. Visos šios konstitucinės garantijos savaime nesuteikia teisių – nei paprastų refleksinių, nei privačių teisių technine prasme. Tiek, kiek jos draudžia įstatymais arba įstatyminiais įsakais pažeisti garantuojamas teises, t. y. jas riboti arba atšaukti, jos yra draudimai; bet šių „draudimų" esmė yra ne teisinės pareigos susilaikyti nuo tokių įstatymų išleidimo nustatymas įstatymų leidybos organui; jų esmė yra tai, kad jeigu tokie įstatymai arba įstatyminiai įsakai būtų išleisti, juos, laikantis specialios šiam tikslui nustatytos procedūros, būtų galima panaikinti kaip „antikonstitucinius"[45]. Pagrin-

[45] Plg. § 35j, poskyrį „„Antikonstitucinis" įstatymas".

dinių teisių konstitucinės garantijos – tai konstitucijos nuostatos, kuriomis remiantis yra negatyviai apibrėžiamas įstatymų leidėjo išleistų įstatymų bei administracinių organų išleistų įstatyminių įsakų turinys ir nustatoma procedūra, pagal kurią šių nuostatų neatitinkančius įstatymus bei įstatyminius įsakus galima pripažinti netekusiais galios. Pagrindines teises ir laisves gali pažeisti ne tik įstatymai arba įstatyminiai įsakai, bet ir vykdomosios valdžios įsakai, administraciniai aktai arba teismo sprendimai; kitaip tariant, antikonstitucinio turinio gali būti ir normos, išleistos ne įstatymo arba įstatyminio įsako forma, ir dėl to jas galima panaikinti. Net jeigu jos išleistos nesiremiant antikonstituciniu įstatymu, bet apskritai nėra grindžiamos jokiu įstatymu, jas galima panaikinti vien dėl šios formalios priežasties, ir ne tik tada, kai jų turinys prieštarauja kuriam nors „materialiam" konstitucijos draudimui.

Konstitucijos garantuojama teisinei tvarkai pavaldžių individų lygybė nereiškia, kad normose, ypač konstitucija grindžiamuose įstatymuose, šiuos individus ir yra privalu traktuoti kaip lygius. Tokios lygybės nesiekiama, nes būtų absurdiška nediferencijuotai nustatyti tas pačias pareigas ir tas pačias teises visiems individams: vaikams ir suaugusiesiems, sveikiems ir sergantiems psichikos ligomis, vyrams ir moterims. Jei kalbame apie lygybę *įstatymuose*, tai konstitucija ją gali garantuoti tik nustatydama, kad tam tikrų – kaip antai: rasės, religijos, statuso arba turto – skirtumų įstatymuose negalima įtvirtinti, o tuos įstatymus, kuriuose tokie skirtumai yra įtvirtinami, galima panaikinti kaip antikonstitucinius. Jeigu tų specifinių skirtumų, kurių įstatymuose įtvirtinti negalima, konstitucija neapibrėžia, bet kartu joje esama formuluotės, skelbiančios visų individų lygybę, tai ši konstituciškai garantuota lygybė kažin ar gali reikšti ką nors daugiau kaip lygybę įstatymui, vadinamąjį „lygų teisingumą *pagal* įstatymą". Tokios lygybės garantavimas reiškia tik tai, kad teisės taikymo organams leidžiama atsižvelgti tik į tuos skirtumus, kurie eksplicitiškai yra pripažįstami jų taikomuose įstatymuose. Vadinasi, visai teisei imanentinis bendrasis teisės taikymo teisėtumo principas bei visiems įstatymams imanentinis įstatymų taikymo teisėtumo principas nenumato nieko daugiau; formuluojant bendriau, tai yra kiekvienai normai imanentinis principas – tautologinis principas, kad normą reikia taikyti pagal šią normą. Teismo sprendimas, kuriuo taikytino įstatymo numatyta bausmė individui yra nepaskiriama tik todėl, kad nusikaltėlis yra baltasis, o ne negras, kad jis yra krikščionis, o ne žydas, nors deliktą apibrėžiančiame įstatyme ir nėra atsižvelgiama į pažeidėjo rasę arba religiją, – toks sprendimas yra neteisėtas ir dėl jo galima paduoti apeliaciją, grindžiamą tais pačiais motyvais, kaip ir dėl tokio teismo sprendimo, kuriuo bausmė yra paskiriama individui, nepadariusiam įstatyme *in abstracto* apibrėžto ir teismų *in concreto* nustatyto delikto, arba dėl tokio teismo sprendimo, kuriuo deliktą *padariusiam* individui paskiriama taikytiname įstatyme nenumatyta bausmė. Šiuo atveju sprendimo antikonstitucingumas neteikia apeliacijai arba jo panaikinimui daugiau pagrindo nei jo neteisėtumas.

Konstitucinė nuostata, įtvirtinanti nuosavybės neliečiamumą, gali reikšti vien tai, kad įstatymus, įgalinančius valdžią neatlygintinai nusavinti individo nuosavybę be jo valios (išskyrus tuos atvejus, kai toks nusavinimas yra sankcija), galima panaikinti kaip „anti-

konstitucinius". Tokia konstitucinė nuostata iš tikrųjų nėra ekspropriacijos uždraudimas. Ji liečia tik neatlygintiną ekspropriaciją ir nenustato įstatymų leidėjo teisinės pareigos susilaikyti nuo tokių įstatymų priėmimo. „Antikonstitucinis" įstatymas yra galiojantis įstatymas tol, kol nėra panaikintas tam atskiram atvejui arba apskritai. Jis yra ne niekinis, bet nuginčijamas[46]. Analogiška situacija susiklosto tada, kai konstitucija garantuoja religijos laisvę. Tokia garantija reiškia, kad įstatymą, draudžiantį praktikuoti tam tikrą religiją, galima panaikinti kaip antikonstitucinį.

Šių vadinamųjų pagrindinių teisių ir laisvių garantija yra efektyvi tik tuo atveju, kai keisti jas garantuojančią konstituciją galima ne paprastu įstatymu, o tik laikantis specialios procedūros, nuo įprastos besiskiriančios tuo, kad čia reikalaujama ypatingų, įstatymo priėmimą apsunkinančių sąlygų, kaip antai parlamento narių kvalifikuotos daugumos arba kartotinio sprendimo[47]. Juk jeigu konstituciją būtų galima pakeisti paprastu įstatymu, tai nebūtų galima kaip „antikonstitucinio" panaikinti jokio įstatymo, vadinasi, ir jokio įstatymu grindžiamo teismo arba administracinio sprendimo, nes toje srityje, kurioje galioja šis įstatymas, konstitucija būtų padedama į šalį. Tad tikros pagrindinių teisių ir laisvių garantijos negali būti net ir tuomet, kai konstitucija, kurią pakeisti galima tik apsunkintomis sąlygomis, garantuoja tik tokio masto „laisvę", kiek jos neriboja įstatymas, kitaip tariant, jeigu konstitucija įgalina įprasta įstatymų leidybos tvarka išleistuose pareigas nustatančiuose bei teises suteikiančiuose paprastuosiuose įstatymuose numatyti neatlygintiną ekspropriaciją arba pripažinti konstitucijos draudžiamus skirtumus, arba tokiais įstatymais apriboti tam tikras laisves. Tokia pseudogarantija yra tada, kai konstitucija, pavyzdžiui, sako: „Nuosavybės neliečiamumas garantuojamas. Neatlygintina nuosavybės ekspropriacija visuomenės poreikiams leidžiama tik tada, kai tai numatyta įstatyme"; arba: „Kiekvienas turi teisę neperžengdamas įstatymo nustatytų ribų laisvai reikšti savo įsitikinimus"; arba: „Visi piliečiai turi teisę rinktis ir vienytis į asociacijas. Naudojimąsi šia teise reguliuoja įstatymas".

Jeigu konstitucinė pagrindinių teisių ir laisvių garantija nereiškia nieko daugiau, o tik tai, kad įstatyminis šių teisių ir laisvių ribojimas yra apsunkintas, tai jokių teisių nėra – net refleksinių teisių, nes konstitucijoje skelbiamas ribojančių įstatymų „draudimas" nėra teisinė pareiga; taigi nėra nei teisių technine prasme, nei tokių teisių, kurios suprantamos kaip teisinė galia pareikšti ieškinius ir šitaip užtikrinti pareigų atlikimą. Pagrindinė teisė (arba laisvė) yra teisė ta prasme, kad ji yra teisinė galia, jeigu teisinė tvarka suteikia antikonstitucinio įstatymo paliestam individui teisinę galią inicijuoti procesą, turintį pasibaigti antikonstitucinio įstatymo panaikinimu. Kadangi akto, kuriuo panaikinama norma, prasmė taip pat yra norma, galime sakyti: vadinamoji pagrindinė teisė arba laisvė yra teisinė galia dalyvauti kuriant šią normą. Antai konstituciškai garantuota religijos laisvė yra teisė specifine technine prasme, jeigu religijos laisvę varžančio įstatymo panaikinimo procesą kokia nors *actio popularis* forma gali inicijuoti bet kuris tokio įstatymo poveikį

[46] Plg. p. 224 ir toliau.
[47] Plg. p. 191 ir toliau.

patyręs individas. Tačiau ši teisė, kaip politinė teisė, kaip politinė balsavimo teisė, skiriasi nuo subjektinės teisės technine prasme, t. y. nuo privačios teisės, tuo, kad pirmoji, kitaip nei antroji, nėra tai, kas padeda ieškiniu užtikrinti, jog bus atlikta pareiga teisės subjekto atžvilgiu. Vien dėl techninių sunkumų vargu ar įmanoma įstatymų leidėją įpareigoti susilaikyti nuo antikonstitucinių įstatymų leidimo – iš tikrųjų tai niekada ir nedaroma. Tačiau įmanoma (ir tokia praktika yra) valstybės vadovą (kurio užduotis yra tvirtinti arba promulguoti parlamento išleistus įstatymus) bei kabineto narius (turinčius kontrasignuoti valstybės vadovo aktus) padaryti atsakingus už jų patvirtintų, promulguotų arba kontrasignuotų įstatymų konstitucingumą. O tai reiškia, kad jeigu įstatymas yra antikonstitucinis, specialus teismas jiems gali skirti specialias bausmes, kaip antai pašalinti iš pareigų arba atimti politines teises. Tad šiems organams teisiškai draudžiama atlikti tokius aktus, t. y. dalyvauti išleidžiant antikonstitucinius įstatymus. Tačiau teisinę galią inicijuoti procesą, turintį pasibaigti tokių sankcijų įvykdymu, paprastai turi anaiptol ne antikonstitucinio įstatymo paliestieji individai. Jeigu konstituciškai garantuota lygi laisvė pažeidžiama administraciniu aktu arba teismo sprendimu, kitaip tariant, jeigu individualioji norma sukuriama remiantis antikonstituciniu įstatymu, ir tik tuo atveju, kai šios individualiosios normos paliestas individas turi teisinę galią inicijuoti procesą, turintį pasibaigti šios individualiosios normos panaikinimu, tik tada vadinamoji pagrindinė teisė yra individo teisė, nes individualiosios normos panaikinimas implikuoja antikonstitucinio įstatymo panaikinimą toje konkrečioje byloje arba yra tam tikru būdu susijęs su įstatymo panaikinimu apskritai. Jeigu administracinio arba teismo sprendimo individualioji norma, pažeidžianti kurią nors konstitucijos garantuojamą pagrindinę teisę, pati nėra grindžiama antikonstituciniu įstatymu, bet yra išleista neturint tam jokio teisinio pagrindo, tai individo teisė (jo teisinė galia) inicijuoti šios individualiosios normos panaikinimą nė kiek nesiskiria nuo bet kurios kitos teisės, reiškiančios teisinę galią inicijuoti neteisėto administracinio akto arba teismo sprendimo panaikinimą. Procesas, kuris yra inicijuojamas individo skundu arba apeliacija, turi pasibaigti ne antikonstitucinio įstatymo panaikinimu tam atskiram atvejui arba apskritai, o tik neteisėtos individualiosios normos panaikinimu. Tik tuo atveju, kai individas turi teisinę galią inicijuoti įstatymo, pažeidžiančio konstituciškai garantuotą lygybę arba laisvę, panaikinimą tam atskiram atvejui arba apskritai, tik tada vadinamoji pagrindinė teisė yra individo teisė (specifine technine prasme).

Apibendrinant galima pasakyti, kad individo teisė yra: arba vien refleksinė teisė – jo atžvilgiu nustatytos pareigos atspindys; arba privati teisė technine prasme – individui suteikta teisinė galia pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad būtų užtikrintas jo atžvilgiu nustatytos pareigos įvykdymas (t. y. teisinė galia dalyvauti kuriant individualiąją normą, kuria skiriama su pareigos nevykdymu susietoji sankcija); arba politinė teisė – individui suteikta teisinė galia (1) kaip tautos įstatymų leidybos asamblėjos nariui tiesiogiai dalyvauti kuriant bendrąsias normas, vadinamas įstatymais, arba (2) kaip teisės rinkti parlamentą arba administracinius organus subjektui netiesiogiai dalyvauti kuriant tas teisės normas, kurias renkamasis organas yra įgaliotas kurti, arba (3) dalyvauti kuriant normą, apskritai (t. y. visiems galimiems atvejams) arba tam atskiram atvejui (t. y. toje konkrečioje

byloje) panaikinančią įstatymą, pažeidžiantį užtikrintąją lygybę arba laisvę. Galiausiai valdžios institucijos duotas pozityvus leidimas taip pat gali būti teisė technine šio žodžio prasme.

30. VEIKSNUMAS; KOMPETENCIJA; „ORGANO“ SAMPRATA

a) Veiksnumas (*Handlungsfähigkeit*)

Teisinė galia, kurią ką tik aptarėme kaip „teisę“ (t. y. kaip privačią arba politinę teisę), yra tik atskiras atvejis tos teisinės tvarkos funkcijos, kurią čia vadiname „įgalinimu“. Teisės mokslo, teisinę tvarką aprašančio teisės taisyklėmis, požiūriu teisinės tvarkos funkcija yra tam tikrų teisinės tvarkos apibrėžiamų sąlygų susiejimas su tam tikru prievartos aktu, kurį kaip padarinį taip pat apibrėžia teisinė tvarka. Šis prievartos aktas – tai padarinys *par excellence*. Žinoma, kai kurios iš šių sąlygų savo ruožtu yra sąlygojamos dar kitų teisinės tvarkos apibrėžiamų faktų, tad šiuo atžvilgiu jos yra santykiniai padariniai. Pavyzdžiui, jeigu teisinė tvarka numato, jog žmogus, pasisavinęs rastą daiktą ir apie tai, kad jis jį rado, nepranešęs policijai, privalo būti nubaustas, tai radinio pasisavinimo faktas yra nepranešimo apie jį fakto sąlyga – šis faktas kartu su jo sąlyga yra prievartos akto sąlyga. Tik prievartos aktas yra toks padarinys, kuris pats nėra sąlyga; tai yra paskutinis padarinys, teisinis padarinys; o jeigu prievartos aktas yra sankcija, tai teisinis padarinys yra neteisėto akto padarinys. Numatydama, kad yra privalu atlikti prievartos aktą (kuris yra žmonių elgesio aktas), teisinė tvarka tampa žmonių elgesį reguliuojančia normatyvine tvarka.

Toji teisinės tvarkos funkcija, kuri apibūdinama kaip įgalinimas, tėra susijusi su žmonių elgesiu. Teisinė tvarka įgalina tik žmonių elgesį. Plačiausia prasme tam tikro individo tam tikras elgesys yra teisinės tvarkos „įgalintas“ ne tik tada, kai jam yra suteikta teisinė galia (t. y. galėjimas kurti teisės normas), bet taip pat apskritai, kai individo elgesys yra padarytas tiesiogine arba netiesiogine prievartos akto, kaip teisinio padarinio, sąlyga, arba kai šis elgesys pats yra prievartos aktas. Kiti faktai, kuriuos teisinė tvarka apibrėžia kaip sąlygas, nelaikytini „įgalintais“. Kai teisinė tvarka nustato: „Žmogus, sergantis užkrečiamąja liga, privalo būti izoliuotas ligoninėje“, teisinė tvarka įgalina individą atlikti internavimo aktą; tačiau ji nieko neįgalina susirgti. Šia plačiausia prasme bet kokį žmonių elgesį, teisinės tvarkos apibrėžiamą kaip sąlygą arba kaip padarinį, galima laikyti „įgalintu“ teisinės tvarkos. Žmogui, gebančiam taip elgtis, galėjimą šitaip elgtis suteikia teisinė tvarka. Jis turi galėjimą, kurį jam suteikia teisinė tvarka. Jeigu toks galėjimas yra vadinamas „įgalinimu“, tai šis žodis neimplikuoja jokio pritarimo. Net deliktiškumas – tai tam tikru būdu kvalifikuojamų individų jiems teisinės tvarkos suteiktas galėjimas savo elgesiu padaryti deliktus, kitaip tariant, realizuoti sankcijos funkciją atliekančio prievartos akto – akto, kuris, kaip padarinys, yra nukreiptas prieš juos (arba

jų giminaičius), – sąlygą. Padaryti deliktus gali tik teisinės tvarkos tam tikru būdu kvalifikuojami individai – galėjimą tai padaryti teisinė tvarka suteikia tik jiems. Bet tą elgesį, kuris yra deliktas, teisinė tvarka draudžia tuo atžvilgiu, kad šis elgesys yra padarytas sankcijos sąlyga, – o kadangi jis yra draudžiamas, tai jam nėra pritariama.

Tačiau žodis „įgalinimas“ vartojamas ir siauresne prasme, kai jis *implikuoja* pritarimą; šia prasme „įgalinimas“ neapima deliktiškumo; būtent šia prasme tradicinė teorija kalba apie veiksnumą (*Handlungsfähigkeit*), priešpriešindama jį „deliktiškumui“ (*Deliktsfähigkeit*), pirmąjį apibrėždama kaip žmogaus galėjimą savo elgesiu sukelti teisinius padarinius. Kadangi šie „padariniai“ nėra padariniai priežastine prasme, veiksnumas yra teisinės tvarkos žmogui suteiktas galėjimas savo elgesiu sukelti teisinius padarinius, t. y. padarinius, kuriuos su tuo elgesiu sieja teisinė tvarka. Tačiau šie teisiniai padariniai nėra sankcijos, kurios, kaip elgesio padarinys, yra nukreiptos prieš taip besielgiantį individą (t. y. prieš pažeidėją arba jo giminaičius). Galėjimas savo elgesiu užsitraukti sankciją yra deliktiškumas ir skiriasi nuo veiksnumo. Tradicinio teisės mokslo požiūriu tie teisiniai padariniai, kurie siejami su veiksnumu, iš esmės yra teisinių sandorių sukuriamos pareigos ir teisės. Veiksnumas – tai visų pirma galėjimas sudarinėti teisinius sandorius (*Geschäftsfähigkeit*); tačiau veiksnumas reiškia ir galėjimą daryti įtaką teismo procesui pareiškiant ieškinius arba paduodant apeliacijas (*Prozessfähigkeit*).

Pastarasis galėjimas – tai teisinės tvarkos suteikta galia dalyvauti kuriant teismo sprendime įtvirtinamą individualiąją normą. Tad ji yra teisinė galia, o šios galios suteikimas reiškia „įgalinimą“ siauriausia, labiausiai specifiška šio žodžio prasme.

Bet tokia teisinė galia yra ir teisinis galėjimas sudarinėti teisinius sandorius, kitaip tariant, galėjimas sukurti pareigas ir teises. Juk teisines pareigas ir teises sukuria teisės normos, o tokias normas sukuria teisiniai sandoriai. Tai rodo tipiško teisinio sandorio – sutarties – analizė. Sutartis numato, kad susitariančiosios šalys savo tarpusavio santykiuose privalo elgtis tam tikru būdu; pavyzdžiui, pirkimo–pardavimo sutartis numato, kad pardavėjas privalo perduoti pirkėjui daiktą, o pirkėjas pardavėjui – tam tikrą sumą pinigų. Sutartis – tai aktas, kurio subjektyvioji prasmė yra „privalomybė“. Teisinė tvarka, bendrosiomis normomis įgalindama individus sudarinėti sutartis, subjektyviąją sutarties prasmę iškelia iki objektyviosios. Sutartis sukuria susitariančiosioms šalims pareigas, nes sutarties sąlygoms priešingą elgesį teisinė tvarka susieja su sankcijomis. Šiuo atžvilgiu sutarties sukurta norma – tai priklausoma norma. Pareigas susitariantiesiems partneriams sutartis sukuria dėl to, kad teisinė tvarka, įgalindama individus sudarinėti sutartis, suteikia susitariančiosioms šalims teisinę galią pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad būtų užtikrintas sutartimi sukurtos pareigos vykdymas, kitaip tariant, pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti, kad kaip reakcija į sutartimi sukurtos pareigos pažeidimą būtų įvykdyta sankcija, ir tokiu būdu dalyvauti teismo sprendimu sukuriant individualiąją normą. Galėjimas sudarinėti teisinius sandorius yra individams teisinės tvarkos suteikiamas galėjimas remiantis bendrosiomis teisės normomis kurti žemesnio lygmens teisės normas ir dalyvauti teismams ateityje kuriant individualiąsias normas. Šis galėjimas yra tikra teisinė galia.

Jeigu veiksnumas suprantamas kaip galėjimas savo elgesiu sukelti teisinius padarinius ir jeigu teisinio sandorio sukurta teisinė pareiga (vadinasi, individualioji norma) yra laikoma šio akto padariniu, tai galėjimą atlikti teisines pareigas, t. y. galėjimą savo elgesiu išvengti sankcijos, taip pat galima traktuoti kaip veiksnumą. Toks yra negatyvus teisinis pareigos atlikimo padarinys.

b) Kompetencija

Nesunku pamatyti, kad naudojimasis šia teisine galia savo pobūdžiu iš esmės prilygsta teisinės tvarkos įgalinto įstatymų leidybos organo vykdomai bendrųjų teisės normų kūrimo funkcijai bei teisinės tvarkos įgalintų teismo bei administracinių organų vykdomai individualiųjų teisės normų kūrimo taikant šias bendrąsias normas funkcijai. Visais šiais atvejais, kaip ir vadinamojo veiksnumo atveju, esama įgalinimo kurti teisės normas arba dalyvauti jas kuriant – visais šiais atvejais teisinė tvarka tam tikriems individams suteikia teisinių galių. Bet ne visais teisinės galios suteikimo atvejais tradicinė teorija kalba apie „veiksnumą". Kai kuriais atvejais, ypač aptardama bendruomenės organų, tokių kaip teismai bei administracinės valdžios institucijos, funkcijas, tradicinė teorija kalba apie „jurisdikciją" arba „kompetenciją". „Privačiam asmeniui" suteikta teisinė galia kurti teisės normas sudarant teisinius sandorius arba dalyvauti kuriant teisės normas pareiškiant ieškinį, paduodant apeliaciją arba naudojantis balsavimo teise (jo teisės technine šio termino prasme) nėra vadinama „jurisdikcija" arba „kompetencija".

Teisinės tvarkos suteikiamos teisinės galios funkcijos požiūriu šitoks kompetencijos sąvokos susiaurinimas yra nepagrįstas. Galėjimas sudarinėti teisinius sandorius bei teisės technine šio termino prasme (privačios arba politinės teisės) yra „kompetencija" ta pačia prasme, kaip ir tam tikrų individų galėjimas leisti įstatymus, priimti teismo sprendimus arba leisti administracinius įsakus. Tradicinė terminija nuslepia esminį visų šių naudojimosi teisine galia funkcijų panašumą. Jeigu tam tikrus teisinius sandorius sudarinėjantys individai arba šalys, teismo arba administraciniame procese pareiškiančios ieškinį (arba oficialiai pradedančios apeliacinį procesą, arba paduodančios skundą), laikomos ne teisinės bendruomenės „organais", bet „privačiais asmenimis", ir dėl to jiems suteiktoji teisinė galia nėra vadinama „jurisdikcija" arba „kompetencija", tai to priežastis negali būti funkcijų turinio skirtumas. Turinys yra tas pats, būtent – teisės normų kūrimas. Be to, pažymėtina, kad teisiniais sandoriais, sudaromais teisinės tvarkos tam įgalintų „privačių asmenų", galima sukurti ne tik individualiąsias, bet ir bendrąsias normas; o bendrųjų normų kūrimas tarptautinėmis sutartimis, sudarytomis valstybių, kurias tam įgalina tarptautinė teisė, tarptautinėje bendruomenėje vaidina svarbų vaidmenį. Ir vis dėlto nei valstybės, vykdančios šią funkciją, nei individai, nacionalinės teisinės tvarkos įgalinti sudarinėti teisinius sandorius, yra vadinami teisinės bendruomenės „organais", nei jiems suteiktoji teisinė galia yra vadinama „jurisdikcija" arba „kompetencija". Kadangi šiais atvejais tą funkciją vykdantys individai nėra vadinami teisinės bendruomenės organais, vadinasi, „organo" sąvokos vartojimą čia turi lemti kažkas kita, ne šios funkcijos *turinys*.

c) „Organo“ samprata

Bendruomenės „organas“ – tai individas, vykdantis funkciją, kurią galima priskirti (*attribute, zuschreiben*)[48] bendruomenei; tad sakoma, kad šią funkciją vykdo bendruomenė (suvokiama kaip asmuo) per individą, o šis veikia kaip bendruomenės organas. Tai yra fikcija, nes šią funkciją vykdo ne bendruomenė, bet žmogus. „Bendruomenė“ yra ne kas kita, kaip normatyvinė tvarka, reguliuojanti daugelio individų elgesį. Tiesa, paprastai sakoma, kad tvarka konstituoja bendruomenę, tačiau tvarka ir bendruomenė nėra du skirtingi dalykai. Individų bendruomenė, t. y. tai, kas individus vienija, tėra tvarka, reguliuojanti jų elgesį vienas kito atžvilgiu, ir tik ji. Individo elgesį bendruomenei galima priskirti (vadinasi, sieti – ir tai sakoma nesigriebiant fikcijos – su normatyvine tvarka) tik tuo atveju, kai tvarkos, kuri, kaip paprastai sakoma, konstituoja bendruomenę, normoje šis elgesys yra numatytas kaip sąlyga arba kaip padarinys. Individo elgesį priskiriant bendruomenei, interpretuojant jį kaip bendruomenės aktą, bendruomenė traktuojama kaip veikiantis subjektas, kaip asmuo. O tai reiškia, kad normatyvinės tvarkos apibrėžiamos ir individo vykdomos funkcijos priskyrimas šios tvarkos konstituojamai bendruomenei implikuoja tos bendruomenės personifikavimą; šitoks personifikuojantis priskyrimas[49] nereiškia nieko daugiau, kaip tik tai, kad bendruomenę konstituojanti tvarka apibrėžia šiai bendruomenei priskiriamą elgesį, taigi ir įgalina jį. Žmonių elgesio akto priskyrimas bendruomenei reiškia tik šio akto susiejimą su tą bendruomenę konstituojančia tvarka – jo suvokimą kaip šios tvarkos įgalinto. Todėl bet kokį normatyvinės tvarkos apibrėžiamą ir tuo būdu jos įgalinamą (plačiausia prasme) individo elgesį galima priskirti šios tvarkos konstituojamai bendruomenei ir interpretuoti kaip tos bendruomenės funkciją, o kiekvieną individą, kurio elgesį ši normatyvinė tvarka apibrėžia (vadinasi, kiekvieną bendruomenės narį), galima traktuoti kaip bendruomenės organą. Individas yra bendruomenės organas, jeigu (ir tiek, kiek) jo elgesį galima priskirti bendruomenei; o elgesį priskirti bendruomenei galima, jeigu bendruomenę konstituojanti normatyvinė tvarka jį apibrėžia kaip sąlygą arba kaip padarinį. Tai yra pirminė, pamatinė organo funkcijos samprata – „organo funkcija“ plačiausia prasme. Ir būtent „organo *funkcijos*“, o ne „organo“ sąvoka daro nuorodą į esminius faktus, ypač teisės mokslo srityje. Organo sąvoka išreiškia funkcijos subjekto, arba „turėtojo“ (vok. *Träger*), idėją, t. y. šią funkciją išreiškiančio elgesio personalinį elementą; kaip bet kokį žmonių elgesį, taip ir šią funkciją sudaro personalinis ir materialusis elementai[50]. Organo, kaip funkcijos subjekto, arba turėtojo, besiskiriančio nuo pačios šios funkcijos, sąvoka – tai substancijos sąvoka, o vartojant tokią sąvoką būtina suvokti, kad mokslinio pažinimo požiūriu substancija bus

[48] Ankstesnėse publikacijose aptariamąją mintinę operaciją vadinau „prisiejimu“ (*imputation*, *Zurechnung*). Bet kadangi šis žodis pirmiausia nusako normatyvinį dviejų faktų ryšį, analogišką priežastiniam ryšiui, tai funkcijos prisiejimą bendruomenei, kaip „centrinį prisiejimą“, buvau priverstas skirti nuo normatyvinio dviejų faktų ryšio, kaip „periferinio prisiejimo“. Tokia terminija nėra labai vykusi ir kelia nesusipratimų. Todėl žodį „prisiejimas“ dabar vartoju tik normatyviniam dviejų faktų ryšiui apibūdinti.

[49] Plg. § 33c.

[50] Plg. p. 51, 122 ir toliau.

redukuojama į funkciją. Organo, kaip funkcijos turėtojo, sąvokoje personalinis elementas atskiriamas nuo materialiojo, nors jie abu yra glaudžiai susiję. Tik darant šią išlygą organo sąvoką galima vartoti kaip pagalbinę sąvoką, palengvinančią nusakyti faktus, apie kuriuos kalba „organo" sąvoka.

Tačiau toji „organo funkcijos" sąvoka, su kuria susiduriame tradicinėje teisinėje terminijoje (kur ji yra nevienodai vartojama), yra siauresnė nei ta, kuri čia buvo pateikta kaip pirminė, arba pamatinė. Kadangi šioji turi ryšį su bet kokiu normatyvinės tvarkos apibrėžiamu elgesiu (tiek, kiek tą elgesį apibrėžia teisinė tvarka, – vadinasi, tiek, kiek jis yra teisinės bendruomenės funkcija), tai ji apima ir tą elgesį, kuris, kaip sankcijos sąlyga, t. y. kaip deliktas, yra teisiškai draudžiamas. Tačiau deliktas paprastai nėra priskiriamas teisinei bendruomenei. Požiūris, kad draudžiamas elgesys yra „neteisėtas" (priešingas teisei; vok. *Unrecht* – savotiškas teisės neigimas), nesuderinamas su požiūriu, esą teisinė bendruomenė įvykdo neteisėtą aktą. Yra tokia tendencija – bendruomenei priskirti tik tą žmonių elgesį, kurį apibrėžia normatyvinė tvarka, bet apibrėžia jį ne kaip deliktą, t. y. ne kaip draudžiamą elgesį[51]. Jeigu žodis „įgalinimas" vartojamas platesne prasme, apimančia ir galėjimą „įsakyti, pozityviai leisti", tai galima teigti, jog esama tendencijos teisinei bendruomenei priskirti tik tą individo elgesį, kuriam jį „įgalina" teisinė tvarka, t. y. elgesį, kuriuo yra kuriamos arba taikomos teisės normos, įsakytąjį elgesį (bet ne tokį elgesį, kuris yra draudžiamas) bei pozityviai leidžiamą elgesį; tad individas teisinės bendruomenės organu yra laikomas tik tiek, kiek jis demonstruoja šitaip suprantamą „įgalintąjį" elgesį. Tačiau, kaip matysime, šiuo požiūriu kalbos vartosena nėra nuosekli. Kartais deliktas yra priskiriamas teisinei bendruomenei, ypač tada, kai bendruomenė laikoma pareigų subjektu, nes galėjimas prisiimti pareigas suponuoja deliktiškumą[52]. Tačiau tezė, kad *teisinė* bendruomenė negali padaryti delikto, t. y. negali pasielgti *ne-teisiškai*, implikuoja tai, kad priskyrimas teisinei bendruomenei yra apribojamas tuo žmonių elgesiu, kuris yra „įgalintas" ką tik apibūdintąja prasme; ji implikuoja tai, kad deliktas, nors ir apibrėžiamas teisinės tvarkos, bendruomenei nėra priskiriamas, nes jis nėra „įgalintas" siauresne prasme. Jeigu priskyrimas bendruomenei yra šitaip apribojamas, tai deliktą darąs individas nėra laikomas bendruomenės organu, o jo elgesys – organo vykdoma funkcija („organo funkcija"). Tuomet teisinei bendruomenei priskiriamas tik *tas* elgesys, kuris siejamas su „veiksnumo" sąvoka, o šioji neapima deliktiškumo[53].

Šitaip deliktinį elgesį atskyrę nuo teisinei bendruomenei priskiriamų organo funkcijų, dabar jau bet kokį teisinę bendruomenę konstituojančios teisinės tvarkos apibrėžtą elgesį, jeigu jis nėra delikto padarymas, galime traktuoti kaip bendruomenės funkciją: toks elgesys jau ne tik yra teisės normų kūrimas ir taikymas, apimantis tokį dalyvavimą ku-

[51] Apie tai, kaip atskirti tą sankcijos sąlygą, kuri kvalifikuojama kaip „deliktas", nuo kitų sankcijos sąlygų, žr. p. 121.

[52] Apie korporacijos, kaip juridinio asmens, galėjimą įvykdyti deliktą žr. § 33e, poskyrį „Juridinio asmens pareigos".

[53] Plg. p. 246 ir toliau.

riant ir taikant teisės normas, kai pareiškiamas ieškinys, paduodama apeliacija, skundas, taip pat kai vykdomi prievartos aktai (visa tai yra teisėkūros ir teisės taikymo funkcija), bet jis gali apimti ir teisinių pareigų vykdymą, naudojimąsi refleksinėmis teisėmis, taip pat naudojimąsi tomis teisėmis, kurias suponuoja pozityvus leidimas, t. y. funkcijas, kurias galima pavadinti teisės laikymosi funkcijomis. Tad kiekvienas individas, vykdantis teisinę funkciją siauresne arba platesne prasme, yra teisinis organas. Todėl individą, pareiškiantį kam nors ieškinį arba sudarantį teisinį sandorį ir šitaip realizuojantį savo teisinę galią, galima vadinti „teisiniu organu", o jam suteiktą teisinę galią – jo „kompetencija" ta pačia prasme, kuria „organais" yra vadinami įstatymų leidėjas, teisėjas arba administracijos funkcionierius ir kuria jų „kompetencija" (arba „jurisdikcija") yra vadinama jiems suteiktoji teisinė galia. Teisiniu organu galima laikyti net individą, atliekantį savo teisinę pareigą, besinaudojantį refleksine teise arba pasinaudojantį pozityviu leidimu. Ši „organo funkcijos" sąvoka išreiškia tik funkcijos sąsają su tą funkciją apibrėžiančia normatyvine tvarka.

Tačiau teisinėje terminijoje organo sąvoka vartojama dar siauresne prasme nei čia aptartoji. Kaip teisinės bendruomenės funkcija yra traktuojamas ne kiekvienas teisinės tvarkos apibrėžtas ir kaip deliktas nekvalifikuojamas elgesys; kaip „organas" šia siauresne prasme traktuojamas ne kiekvienas individas, vykdantis tokią funkciją. Jo elgesys yra priskiriamas teisinei bendruomenei kaip jos funkcija (ir pats individas yra traktuojamas kaip „organas") tik tuo atveju, kai šis individas yra kvalifikuojamas tam tikru būdu.

Jeigu normatyvinės tvarkos apibrėžiamą funkciją vykdo ne bet kuris šiai tvarkai pavaldus individas, o tik tas, kuris yra tam tikru būdu kvalifikuojamas, tuomet atsiranda funkcinis darbo pasidalijimas. Teisinei bendruomenei yra priskiriamos tik tos funkcijos, kurias vykdo tam tikru būdu kvalifikuojami individai; tik tokie individai yra laikomi „organais" šia siauresne prasme. „Organus" turinčios bendruomenės vadinamos „organizuotomis" bendruomenėmis. Bet organus turi turėti kiekviena bendruomenė (tegu ir ne tokius, kurie funkcionuoja pagal darbo pasidalijimo principą), nes bendruomenė gali funkcionuoti tik per organus, t. y. per normatyvinės tvarkos apibrėžtus individus. Jeigu teisinė tvarka apibrėžia, kad tam tikras funkcijas tam tikromis sąlygomis gali vykdyti bet kuris tai tvarkai pavaldus individas, tada organu galima laikyti kiekvieną tą funkciją vykdantį individą, o šią funkciją galima priskirti bendruomenei, nors darbo pasidalijimo čia nėra. Bet vyraujančioje terminijoje individai, kurių funkcionavimas nesiremia darbo pasidalijimu, nėra vadinami „organais", o jų funkcijos nėra priskiriamos bendruomenei.

Individų, dabartinėje teisinėje terminijoje vadinamų „bendruomenės organais", kvalifikavimui būdinga įvairovė. Jį gali lemti prigimtis, jeigu teisinė tvarka nustato, kad tam tikras funkcijas gali vykdyti tik vyras arba tik moteris, arba tik tam tikro amžiaus, fiziškai arba psichiškai sveiki individai, arba tam tikros kilmės individas (jeigu postas arba organas yra paveldimas). Bet teisinė tvarka gali nustatyti, kad funkcijos suteikimo individui sąlyga yra tam tikros moralinės jo savybės arba tam tikri jo įgūdžiai. Ypač svarbus yra toks kvalifikavimas, kurį įtvirtina nuostata, jog tam, kad individas būtų vadinamas

„organu", jis tai funkcijai turi būti pašaukiamas tam tikru teisinės tvarkos nustatytu būdu. Individo pašaukimas funkcijai savo pobūdžiu gali būti tiesioginis arba netiesioginis. Jis yra tiesioginio pobūdžio, jeigu konstitucija, įstatymas arba paprotinės teisės norma nurodo individualiai apibrėžtą žmogų ir nustato, kad tam tikrą funkciją gali vykdyti tik šis žmogus, pavyzdžiui, jeigu istoriškai pirmoji konstitucija nustato: „*A* yra valstybės vadovas" arba: „Konstitucinė Nacionalinė Asamblėja yra tam tikrą dieną tam tikroje vietoje faktiškai susirinkusių ir priėmusių tą konkrečią konstituciją žmonių susirinkimas." Individo pašaukimas tam tikrai funkcijai yra netiesioginio pobūdžio, jeigu konstitucija, įstatymas arba paprotinės teisės norma reikalauja tam tikro akto (pvz., nominavimo, rinkimų, burtų traukimo), kuriuo individas yra pašaukiamas vykdyti tam tikrą funkciją ir šitaip yra padaromas teisinės bendruomenės organu. Taip sukuriamas organas. Bet net ir tiesioginio pašaukimo atveju mes turime reikalą su organo sukūrimu. Pagal konstituciją *A*, prisiimdamas valstybės vadovo pareigas, įsteigia save kaip konstitucijos nustatytą organą. Priimdamas istoriškai pirmąją konstituciją šioje konstitucijoje nurodytas susirinkimas įsteigia save (pagal šią konstituciją) kaip konstitucijos nustatytą Konstitucinę Nacionalinę Asamblėją. Tiesioginis individo (ar individų) pašaukimas tam tikrai funkcijai implikuoja atitinkamą savikūrą.

Tam tikro darbo pasidalijimo minimumo esama, jeigu teisinė tvarka (pvz., pirmykštė teisinė tvarka) nustato, kad tam tikras funkcijas, kaip antai delikto buvimo nustatymą konkrečiu atveju bei teisės numatytos sankcijos taikymą, privalo vykdyti ne kiekvienas tai tvarkai pavaldus individas, bet tik tam tikro amžiaus sulaukę žmonės; arba jeigu galiojanti teisė nustato, kad teisę kuriantį paprotį savo elgesiu suformuoja ne visi tai tvarkai pavaldūs individai, bet dauguma tų, kurių teisnumas leidžia jiems veikti; arba dar – jeigu pagal galiojančią teisę savo tarpusavio ekonominius santykius teisiniais sandoriais reguliuoti gali tik tam tikro amžiaus sulaukę ir psichiškai sveiki individai. Bet teisinės terminijos požiūriu šitokio darbo pasidalijimo minimumo, be kurio negali išsiversti net labiausiai pirmykštė teisinė tvarka, nepakanka, kad įgalinti vykdyti tą funkciją individai būtų vadinami „organais" nei kad jų funkcijos būtų priskiriamos bendruomenei. Šioje terminijoje funkcija yra priskiriama bendruomenei (individas yra „organas") tik tuo atveju, kai individas yra – tiesiogiai arba netiesiogiai – šiai funkcijai „pašaukiamas".

Jeigu pirmykštės teisinės tvarkos bendrąsias normas kuria ne įstatymų leidybos organas, bet paprotys, ir jas taiko ne teismai, bet patys individai, kurių teisės buvo pažeistos, tai individai, savo elgesiu suformuojantys teisę kuriantį paprotį, bei individai, taikantys papročiais sukurtas normas, nėra laikomi „organais", o jų funkcijos nėra priskiriamos teisinei bendruomenei. Šiuo atveju įprasta sakyti, kad teisę kuria ir taiko patys teisinei tvarkai pavaldūs individai. Apie bendrųjų teisės normų kūrimo „organus" bei teisės taikymo „organus" kalbama tik tada, kai individas arba individų kolektyvas buvo pašaukti vykdyti įstatymų leidybos funkciją, bei tada, kai tam tikri individai, kaip teisėjai, buvo pašaukti vykdyti teisės taikymo funkciją. Teisėkūros ir teisės taikymo funkcijos abiem atvejais yra vienodos. Bet tik antruoju atveju šias funkcijas vykdantys individai šioms funkcijoms yra pašaukiami specialiais aktais.

Teisinė terminija itin svarbi tada, kai techniškai labai išsivysčiusi teisinė tvarka institucionalizuoja demokratiškai renkamą parlamentą arba valstybės vadovą. Konstitucija gali nustatyti, kad balso teisę turi kiekvienas vyriškosios lyties, psichiškai sveikas, sulaukęs tam tikro amžiaus ir anksčiau neteistas pilietis. Teisėkūros organą sukuriantys parlamento arba prezidento rinkimai yra esminė teisėkūros proceso dalis, vadinasi, ir itin svarbi teisinė funkcija siauresne šio žodžio prasme. Ir vis dėlto ne rinkėjas, bet prezidentas arba parlamentas yra apibūdinamas kaip valstybės organas, ne rinkėjo, bet prezidento arba parlamento funkcija apibūdinama kaip valstybės funkcija. Tiesa, sakoma, kad įstatymus leidžia valstybė (per parlamentą), dekretus taip pat leidžia valstybė (per prezidentą); tačiau nesakoma, kad valstybė išrenka parlamentą, nors, atsižvelgiant į rinkėjo funkcijos turinį (kaip jį nustato teisinė tvarka), jį būtų galima laikyti valstybės organu ne mažiau nei jo išrinktą parlamentą arba prezidentą, o rinkėjo funkciją, kaip ir parlamento arba prezidento funkciją, būtų galima priskirti valstybei. Rinkėjo ir renkamojo organo funkcijos skiriasi štai kuo: parlamento narys arba prezidentas turi ne tik atitikti tam tikras natūralias (lyties, amžiaus, psichinės sveikatos) sąlygas, – jis savajai funkcijai turi būti pašauktas specialiu aktu.

Štai dėl šios akivaizdžios priežasties (1) teisinės tvarkos įgalintų individų sudaryti teisiniai sandoriai (t. y. teisiniais sandoriais sukurtos individualiosios ir bendrosios teisės normos) nėra laikomi sudarytais teisinės bendruomenės – jie yra laikomi sudarytais „privačių asmenų“, nors esama tendencijos visą teisę (išskyrus tarptautinę teisę) laikyti valstybės teise, tad atitinkamai turėtų būti linkstama ir visus teisinius sandorius sudarančius individus laikyti valstybės organais; (2) tada, kai reikia tam skirtu specifiniu aktu inicijuoti teisinį procesą, vienu atveju kalbame apie privatų ieškovą, o kitu atveju – apie valstybinį kaltintoją (valstybės organo aktą), nors abiejų funkcijos iš esmės yra tos pačios; (3) tarptautinė teisė, kuri yra sukuriama papročiais (kuriama valstybės aktais) bei sutartimis (sudaromomis valstybių), yra apibūdinama kaip tokia teisė, kurią kuria ne tarptautinė bendruomenė, bet tarptautinės tvarkos subjektai, t. y. atskiros valstybės, o šios atskiros valstybės jų vykdomų teisėkūros bei teisės taikymo funkcijų požiūriu nėra traktuojamos kaip tarptautinės bendruomenės organai.

Greta tos „organo“ sąvokos, kurios kriterijus (be tokių sąlygų kaip lytis, amžius ir pan.) yra ta aplinkybė, kad atitinkamas individas yra pašaukiamas (tiesiogiai arba netiesiogiai) teisinės tvarkos apibrėžtai funkcijai, tradicinėje terminijoje vartojama ir tokia organo sąvoka, kur kriterijus, be minėtų savybių, yra specifinis tas funkcijas vykdančio individo asmeninis statusas. Šitaip kvalifikuojamas individas yra vadinamas „pareigūnu“; šį ypatingą pareigūno kvalifikavimą nagrinėsime vėliau[54]. Todėl valstybės organus, turinčius pareigūnų statusą, skiriame nuo tų, kurie jo neturi. Renkamieji įstatymų leidybos institucijos nariai yra valstybės organai, bet ne valstybės pareigūnai. Valstybei yra priskiriamos ir „valstybės funkcijomis“ yra vadinamos ne tik teisėkūros bei teisės taikymo funkcijos, kaip teisinės funkcijos siauresne prasme, bet ir teisės *laikymosi* funkcijos, jeigu jas

[54] Plg. p. 241 ir toliau.

vykdo individai, kvalifikuojami kaip „valstybės pareigūnai“. Oficialių pareigų, už kurias atsako šie individai, turinį sudarančios funkcijos yra labai įvairios. Šie individai vaidina svarbų vaidmenį vykdant tą valstybės funkciją, kuri vadinama „administravimu“[55].

Tol, kol darbo pasidalijimas reiškia, kad tam tikras funkcijas gali vykdyti ne bet kas (ne bet kuris normatyvinei tvarkai pavaldus individas), o tik tam tikri teisinės tvarkos tam tikru būdu kvalifikuojami individai, ir kad tokiomis aplinkybėmis ši funkcija laikoma santykinai centralizuota, tol darbo pasidalijimas sutampa su santykine centralizacija[56]. Pagal įprastą kalbos vartoseną bendruomenei yra priskiriamos tik santykinai centralizuotos funkcijos, bendruomenės organais vadinami tik santykinai centralizuoti organai, o „organizuotomis bendruomenėmis“ – tik santykinai centralizuotos bendruomenės.

Reikia dar kartą pabrėžti, kad kalbėdami apie bendruomenės organų problemą apskritai ir konkrečiai – apie valstybės organų problemą būtinai susiduriame su įprasta kalbos vartosena ir kad ši vartosena ne visada yra nuosekli. Taip yra todėl, kad teisiškai apibrėžtos funkcijos priskyrimas teisiškai konstituotai bendruomenei yra tik galima, o ne būtina mintinė operacija. Tam tikrą funkciją vykdantį individą galima, bet nebūtinai reikia vadinti teisinės bendruomenės organu, o jo funkciją galima, bet nebūtinai reikia priskirti teisinei bendruomenei. Teisinę situaciją galima aprašyti ir be šios mintinės operacijos. Moksliniam teisės pažinimui turi reikšmės tik šios operacijos, t. y. funkcijos priskyrimo teisinei bendruomenei, esmės, o kartu ir „organo“ sąvokos esmės supratimas.

31. TEISNUMAS (*RECHTSFÄHIGKEIT*); ATSTOVAVIMAS

Tradicinė teorija teisnumu vadina individo galėjimą turėti teises bei pareigas arba būti teisių ir pareigų subjektu. Ši teorija skelbia, kad pagal šiuolaikinę teisę kiekvienas žmogus gali būti teisių ir pareigų subjektu; sakoma, kad pagal šiuolaikinę teisę nebėra neteisnių individų, tokių kaip vergai. Bet teigiama, kad ne kiekvienas individas turi „veiksnumą“ (*Handlunsfähigkeit*), pavyzdžiui, vaikai ir psichikos ligoniai. Tad pagal šiuolaikinę teisę tokiems individams reikia turėti atstovus, kurie jų vardu naudotųsi teisėmis, atliktų pareigas ir teises bei pareigas sukurtų jiems teisiniais sandoriais (vadinamasis atstovavimas pagal įstatymą). Pagal tradicinę teoriją veiksnumas nėra tapatus teisnumui.

Kritinės analizės ši teorija atlaikyti negali. Jeigu individas yra teisiškai įpareigotas elgtis tam tikru būdu, t. y. jeigu priešingas jo elgesys yra prieš jį (arba jo giminaičius) nukreiptos sankcijos sąlyga, vadinasi, jeigu jis gali savo elgesiu užsitraukti sankciją kaip teisinę pasekmę, tai, kad galėtų prisiimti pareigą, jis turi turėti veiksnumą, jis taip pat turi turėti deliktiškumą. Bet vaikai ir psichikos ligoniai neturi deliktiškumo, taigi jie negali prisiimti pareigos. Jų elgesys nėra sankcijos sąlyga. Jeigu vaiko arba psichikos ligonio elge-

[55] § 35i.
[56] Apie centralizacijos ir decentralizacijos problemą žr. § 41d.

sys sukelia žmogaus mirtį, tai „už" tokį elgesį nėra baudžiami nei jie, nei kuris nors kitas individas. Nei vaikas, nei psichikos ligonis, nei kas nors kitas tokiu atveju neatsako už tai, kas padaryta. Jeigu, pavyzdžiui, yra nubaudžiamas vaiko tėvas, tai deliktas, už kurį jis baudžiamas, yra ne tam tikro individo nužudymas, bet tai, kad tėvas neatliko savo pareigos prižiūrėti vaiką ir užkirsti kelią jo antisocialiam elgesiui. Vaiko arba psichikos ligonio elgesys, kuris veiksniam individui būtų nusikaltimas, nužudymas, nėra nužudymas. Nei vaikas, nei psichikos ligonis neturi teisinių pareigų, kurias konstituoja baudžiamosios sankcijos, dėl to, kad jų elgesys nėra baudžiamosios sankcijos sąlyga, dėl to, kad jie negali elgtis taip, kad užsitrauktų baudžiamąją sankciją; jie negali padaryti delikto (neatsako už teisės pažeidimą) ir šiuo atžvilgiu negali veikti.

Tačiau tai, atrodo, nėra taikoma tiems deliktams, kuriuos konstituoja bauda arba civilinis išieškojimas. Juk šios sankcijos – tai lėšų arba net nuosavybės priverstinis nusavinimas, o pagal tradicinę teoriją neveiksnus individas vis dėlto gali turėti nuosavybės teises. Jis neveiksnus, bet jis teisnus. Todėl sakoma, kad vaikas arba psichiškai nesveikas individas gali būti namo bei jo įrangos savininkas; nesumokėjus turto mokesčio, į šio individo turtą gali būti nukreiptas civilinis išieškojimas. Iš čia galima daryti išvadą, kad jeigu neveiksnus individas gali būti nuosavybės teisių subjektas, jis gali būti ir pareigos mokėti turto mokesčius subjektas. Jeigu neveiksnus individas yra laikomas nuosavybės teisių subjektu, jį lygiai taip pat būtų galima laikyti ir visų civilinio išieškojimo konstituojamų teisinių pareigų subjektu.

Tačiau jeigu teisinės pareigos subjektu yra laikomas tik *tas* individas, kuris atlikti arba pažeisti pareigą gali savo paties elgesiu, ir jeigu tą pareigą atlikti arba pažeisti gali tik atstovas, tai pareigos subjektas yra atstovas, o ne neveiksnusis individas. Iš tos aplinkybės, kad pastarasis individas gali būti nuosavybės teisių subjektas, galima daryti tik vieną išvadą – kad jis atsako už finansinių pareigų pažeidimą ir kad jis gali atsakyti (tiek, kiek jo atstovas yra įgalintas disponuoti jo nuosavybe) tik savo turtu, bet ne asmeniu. Jeigu tariame, kad neveiksnus individas negali būti teisinės pareigos subjektas ir kad individas yra finansinės pareigos subjektas tik tuo atveju, kai jis turi savąją pareigą atlikti iš savo turto (kitaip tariant, jeigu nesutinkame, kad atstovas būtų traktuojamas kaip pareigos subjektas), tai turime reikalą su pareiga be subjekto, už kurios neatlikimą teisinis atstovas atsako tik savo asmeniu, bet ne savo turtu. Tradicinė teorija atsisako atstovą traktuoti kaip pareigų, kurias jis turi atlikti iš savo atstovaujamo individo turto ir kurias jis gali pažeisti jų neatlikdamas, subjektą. Kita vertus, teorija mėgina išvengti prielaidos, kad esama pareigos be subjekto[57]. Neveiksnų individą teorija traktuoja kaip pareigos subjektą, o tai reiškia, kad pareiga yra priskiriama šiam individui. Pareiga, kurios turinys yra atstovo elgesys, atstovaujamam individui priskiriama dėl to, kad pagal tradicinę teoriją ją reikia vykdyti ne iš atstovo, bet iš šio individo turto, taip pat dėl to, kad nevykdymo atveju sankcija yra nukreipiama į šį turtą. Kitaip tariant, atstovas (darant prielaidą, kad ta nuosavybė yra interpretuojama kaip priklausanti individui) turi atlikti šią pareigą *vie-*

[57] Plg. p. 152 ir toliau.

toje šio individo ir jo interesais; juk atlikdamas šią pareigą atstovas išvengia priverstinio nuosavybės, kuri, kaip manoma, priklauso individui, nusavinimo. Tad galimybė pareigą traktuoti kaip individo pareigą yra grindžiama galimybe tą individą traktuoti kaip teisių subjektą.

Jeigu „teisė“ suprantama kaip teisinė galia, t. y. kaip teisinės tvarkos individui suteiktas galėjimas pareikšti ieškinį ir šitaip reikalauti pareigos, kurią jo atžvilgiu turi kitas individas, atlikimo, tai neveiksnus individas negali turėti teisės, nes minėto galėjimo jis neturi. Tokį galėjimą turi tik jo atstovas pagal įstatymą. Būtent šiam, o ne vaikui arba psichikos ligoniui, šią galią suteikia teisinė tvarka. Bet jis yra įpareigotas šią galią naudoti atstovaujamo individo interesais. Nuosavybės teisių atveju pareigos, dėl kurios pažeidimo atstovas pagal įstatymą gali kreiptis į teismą, yra pareigos atstovui, turinčiam teisę disponuoti nuosavybe. Visi kiti yra įpareigoti toleruoti šį disponavimą – neužkirsti jam kelio arba kitaip netrukdyti. O atstovas yra įpareigotas šia nuosavybe disponuoti tik atstovaujamo individo interesais, ypač leisti atstovaujamam individui šią nuosavybę naudoti arba suvartoti tiek, kiek tas yra pajėgus tai padaryti. Pretenzijos, kaip pareigos kažką atlikti atspindžio, atveju tai turi būti atliekama atstovui, bet šis yra įpareigotas to atlikimo naudą perduoti atstovaujamam individui. Būtent dėl šių atstovo suvaržymų tradicinė teorija jo nepripažįsta esant minėtų teisių subjektu ir jas priskiria individui. Bet jeigu „teisės“ sąvoka apibrėžiama ne kaip teisinė galia, o kaip juridiškai ginamas interesas, tuomet individą, kurio interesais atstovas naudojasi jam suteikta teisine galia, iš tikrųjų galima (nieko fiktyviai nepriskiriant) laikyti teisės subjektu, taigi teisniu. Tačiau dėl jau išdėstytų priežasčių „teisės“ apibrėžimas kaip juridiškai ginamo intereso nėra priimtinas.

Jeigu laikomasi požiūrio, kad elgtis tam tikru būdu teisiškai įpareigotas yra tik tas individas, kuris savo paties priešingu elgesiu gali pažeisti pareigą ir kuris savo paties tinkamu elgesiu gali atlikti pareigą, vadinasi, turi būti veiksnus, be to, kad teisę, kaip specifinę teisinę galią, galima suteikti tik veiksniam individui, tada atitinkamas pareigas ir teises galima (nieko fiktyviai nepriskiriant) interpretuoti tik kaip teisinio atstovo pareigas ir teises, bet šis jas turi vykdyti arba jomis naudotis tik atstovaujamo individo interesais. Tos pačios rūšies yra teisiniais sandoriais, kuriuos atstovas sudaro atstovaujamo individo vardu, sukuriamos pareigos bei teisės. Jeigu dėl atstovams nustatytų suvaržymų šios pareigos ir teisės nėra interpretuojamos kaip jo pareigos ir teisės, tai jas galima laikyti tik pareigomis ir teisėmis be subjekto. Būtent vengdama šios išvados tradicinė teorija jas priskiria atstovaujamam individui. Toks priskyrimas – tai mintinė operacija, analogiškai tai, kuria individo vykdoma teisinės tvarkos apibrėžta funkcija yra priskiriama teisinei bendruomenei. Jos skiriasi tik tuo, kad antroji funkcija yra priskiriama (tokiu būdu personifikuojamai) bendruomenei, o pirmoji – individui. Atstovavimas pagal įstatymą ir organo funkcija yra susijusios sąvokos. Individas laikomas bendruomenės organu, nes situacija vaizduojama taip, *tarsi* bendruomenė vykdytų tą funkciją, kurią iš tikrųjų vykdo individas; individas taip pat yra laikomas neveiksnaus individo atstovu, nes situacija vaizduojama taip, *tarsi* tas individas, nors ne pats, bet per atstovą, gali atlikti pareigas ir naudotis teisėmis, *tarsi* ne asmeniškai, bet per savo atstovą pagal įstatymą jis gali sudaryti tei-

sinius sandorius, sukuriančius tokias pareigas ir teises, kurios yra *jo* pareigos ir teisės. Organo funkcijos priskyrimas bendruomenei, kaip ir atstovo funkcijos priskyrimas atstovaujamam neveiksniam individui, yra fikcija. Juk teisiškai relevantiškas yra ne bendruomenės, o organu vadinamo individo elgesys; lygiai taip pat teisiškai relevantiškas yra atstovo, o ne atstovaujamo individo elgesys. Tik dėl šios fikcijos bendruomenę galima laikyti veikiančiu asmeniu, o neveiksnų individą galima laikyti veiksniu, taigi ir teisniu.

Be teisinio neveiksnių individų atstovavimo esama ir teisiniu sandoriu sukuriamo *veiksnių* individų atstovavimo (sutartinis atstovavimas). Nuo pirmojo jis skiriasi tuo, kad (konkrečiu atveju) nėra privalomas, kyla ne tiesiogiai iš įstatymo (kaip atstovavimo pagal įstatymą atveju, kai vaiko tėvas arba globėjas už individą vykdo „atstovavimu" vadinamas funkcijas), bet yra pasirinktinis, sukuriamas teisiniu sandoriu. Šiuo sandoriu veiksnus individas įgalioja kitą individą atlikti tam tikras pareigas, naudotis tam tikromis teisėmis ir, svarbiausia, teisiniais sandoriais sukurti pareigas bei teises pirmajam individui. Teisinių sandorių požiūriu tiesioginis atstovavimas kartais skiriamas nuo netiesioginio. Atstovavimas apibūdinamas kaip netiesioginis, kai atstovo teisiniu sandoriu sukurtos pareigos bei teisės pirmiausia tampa jo pareigomis bei teisėmis, o paskui, jau kitu teisiniu sandoriu, jis jas perleidžia jį įgaliojusiam individui. Tačiau tai nėra atstovavimas specifine prasme, nes čia nėra priskyrimo – nėra priskiriamas nei teisinio sandorio aktas, nei įgaliojančio individo aktu sukurtos pareigos arba teisės. Teisinis sandoris laikomas sudarytu įgalioto, o ne įgaliojusio individo, o sandoriu sukurtosios pareigos bei teisės iš tikrųjų yra perleidžiamos, bet ne fiktyviai priskiriamos įgaliojančiam individui. Tiesioginis atstovavimas yra tada, kai įgaliojimo pagrindu sudarytas teisinis sandoris (pagal teisę) sukelia tiesioginius teisinius padarinius įgaliojančiam individui – taip, kad atstovo teisinio sandorio sukurtas pareigas atlikti arba pažeisti bei tokiu teisiniu sandoriu sukurtomis teisėmis naudotis gali tik įgaliotojas (pavedimo davėjas). Atstovavimas specifine prasme yra tik tuo atveju, kai faktai aprašomi taip, tarsi įgaliotojas veikia per įgaliotinį. Jeigu toks priskyrimas atmetamas kaip fiktyvus, tuomet reikia kalbėti ne apie „atstovavimą", o apie teisinį sandorį, konkrečiai apie sutartį, įpareigojančią kitą šalį arba teikiančią jai naudą. Kitą įpareigojantis arba jam naudą teikiantis teisinis sandoris yra toks, kuriuo pareigos bei teisės yra sukuriamos ne sandorio sudarytojui, o kam nors kitam; vadinasi, kad tas kitas individas galėtų būti šių pareigų bei teisių subjektu, jis turi būti veiksnus. Todėl čia priskyrimas neturi pagrindo, visai kitaip nei atstovavimo pagal įstatymą atveju, kur fiktyviu priskyrimu siekiama, kad individas, nors ir neveiksnus, atrodytų esąs teisnus.

32. TEISINIS SANTYKIS

Tradicinėje teorijoje „teisinio santykio" sąvoka glaudžiai siejasi su pareigos ir teisės sąvokomis. Jis apibrėžiamas kaip teisės subjektų santykis, t. y. kaip santykis tarp pareigos subjekto ir ją atitinkančios teisės subjekto, arba (ir tai nėra tas pats) kaip santykis tarp pareigos ir ją atitinkančios teisės (čia žodžiai „pareiga" ir „teisė" suvokiami tradici-

ne prasme). Pareigos ir teisės „atitikimas" reiškia, kad teisė yra pareigos atspindys, kad individus sieja santykis, kuriuo vienas individas yra įpareigotas kito atžvilgiu elgtis tam tikru būdu. Abiem atvejais tą santykį konstituoja teisinė tvarka. Jeigu jis suvokiamas kaip individų santykis, tai tradicinis apibrėžimas yra per siauras. Juk teisinė tvarka sukuria ne tik santykius tarp teisės subjektų (tradicine šio žodžio prasme), t. y. tarp to individo, kuris yra įpareigotas tam tikram elgesiui, ir kito individo, kurio atžvilgiu šis elgesys yra privalomas, bet taip pat tarp vieno individo, kuris yra įgalintas sukurti normą, ir kito individo, kuris yra įgalintas tą normą taikyti, taip pat tarp vieno individo, kuris yra įgalintas sukurti arba taikyti normą, ir kito individo, kurį ši norma įpareigoja arba kuriam ji suteikia teises. Tokie santykiai sieja, pavyzdžiui, individus, įgalintus kurti bendrąsias normas, su individais, įgalintais jas taikyti, kaip antai įstatymų leidybos organus su teisėjais bei administraciniais organais; bet tokie santykiai sieja ir teisėjus bei administracinius organus (vienoje pusėje) su subjektais, kuriuos įpareigoja arba kuriems teises suteikia įstatymų leidybos organų sukurtos normos; jie taip pat sieja individus, įgalintus vykdyti prievartos aktus, su individais, į kuriuos tie aktai yra nukreipti.

Tradicinė jurisprudencija skiria privačius ir viešus teisinius santykius, o jų skirtumu laiko tai, kad pirmieji yra lygiųjų santykiai, o antrieji – viršesniojo ir žemesniojo (valstybės ir valdinio) santykiai. Tradicinė teorija, be abejo, turi galvoje tą skirtumą, kad vienu atveju tai yra pareigos subjekto santykis su ją atitinkančios teisės subjektu, o antruoju atveju – individo, įgalinto kurti arba taikyti teisės normą, santykis su individu, kurį toji norma įpareigoja arba kuriam ji suteikia teises. Jeigu teisės normas kurti arba taikyti įgalinti individai yra teisiškai įpareigoti vykdyti savąją funkciją, taigi jeigu jie yra (nors tai nėra būtina, o įstatymų leidėjų atveju taip niekuomet nebūna) ir teisės subjektai (tradicine prasme), tai ir šių individų santykiai su individais, kuriuos jų sukurtos arba taikomos normos įpareigoja arba kuriems jos suteikia teises, yra išties teisės subjektų santykiai; vis dėlto šie santykiai pirmiausia yra pareigų subjektų santykiai, t. y. pareigos kurti arba taikyti teisės normas subjektų santykiai su šių normų nustatytų pareigų subjektais, ir, antra, šie santykiai yra pareigos kurti arba taikyti teisės normas subjektų santykiai su šių normų nustatytų teisių subjektais, o šios teisės nėra tų pareigų (t. y. organų pareigų kurti arba taikyti teisės normas) atspindys – jos yra šių normų nustatytų pareigų atspindys. Be to, čia negalima kalbėti apie viršesniųjų ir žemesniųjų santykius, nes normas kuriantys arba taikantys individai (kaip pareigos kurti arba taikyti teisės normas subjektai) yra vieno lygmens su šių normų sukurtų pareigų arba teisių subjektais. Tai pirmiausia galioja tokiems santykiams, kai (kaip skelbia tradicinė formuluotė) valstybė, kaip teisinio sandorio subjektas, pavyzdžiui, kaip pirkėjas arba pardavėjas, turi reikalą su privačiu individu, t. y. kai vieno iš dviejų partnerių aktas yra priskiriamas valstybei kaip „juridiniam asmeniui". Individus laikyti viršesniais už tuos, kuriuos įpareigoja arba kuriems teises suteikia kitų sukurtos arba taikomos normos, būtų galima tik tada, kai šie individai naudojasi teisine galia, t. y. kai jie kuria normas arba jas taiko. Tačiau „viršesnės" už tuos, kuriuos normos įpareigoja arba kuriems jos suteikia teises, iš tikrųjų yra tik pareigas nustatančios bei teises suteikiančios *normos*, o ne normas kuriantys arba taikantys indivi-

dai, nes pastarieji patys yra pavaldūs teisinei tvarkai, būtent normoms, įgalinančioms jų funkcijas. Pažymėtina, kad vaizduodami individus „žemesniais“ už teisinės tvarkos normas, o normas – „viršesnėmis“ už individus, mes pasitelkiame metaforą, iš tikrųjų reiškiančią tik tai, kad teisinės tvarkos normos įsako, įgalina arba pozityviai leidžia individų elgesį, tai, kad teisinės tvarkos normų turinys yra individų elgesys. Jeigu ši metafora suprantama tiesiogine prasme, tada atrodo, kad esama santykio tarp teisinės tvarkos ir individo, kurio elgesį apibrėžia teisinės tvarkos normos. Tačiau negali būti jokio santykio tarp normos ir žmonių elgesio, kuris yra jos turinys, nes norma ir jos turinys yra neskaidomas vienetas.

Į teisę (t. y. į teisės normas) orientuoto pažinimo požiūriu svarbūs yra ne individų santykiai, o tik teisės normų (kurias individai kuria arba taiko) arba teisės normų apibrėžiamų faktų santykiai; tarp pastarųjų žmonių elgesys yra tik vienas specifinis, nors ir labai svarbus, faktas. Juk teisės normų turinys yra ne individai, bet jų elgesys, ne žmonės, bet tam tikras žmonių elgesys, ir ne tik šis elgesys, bet ir kiti su žmonių elgesių sąsajų turintys faktai. Tam tikru mastu tai pripažįstama „teisinį santykį“ apibrėžiant kaip teisinės pareigos santykį su ją atitinkančia refleksine teise. Tačiau būtent čia ir nėra jokio teisinio *santykio*, kaip dviejų skirtingų teisiškai relevantiškų reiškinių santykio. Taip yra todėl, kad teisiškai relevantiški faktai išsamiai apibūdinami įpareigotąjį elgesį vaizduojant kaip elgesio, kuris yra sankcijos sąlyga, priešybę, taip pat dėl to, kad teiginys, jog kažkas turi (refleksinę) teisę į tai, kad kažkas kitas jo atžvilgiu elgtųsi įpareigotuoju būdu, nepasako nieko daugiau, o tik tai, kad šis kitas individas yra įpareigotas elgtis pirmojo atžvilgiu tam tikru būdu. Kitaip tariant, vieno refleksinė teisė yra tapati kito pareigai: refleksinės teisės sąvoka tampa perteklinė. Refleksinė teisė tėra teisinė pareiga, į kurią žvelgiama iš to individo, kurio atžvilgiu toji pareiga turi būti vykdoma, pozicijos. Todėl nėra jokio teisinės pareigos santykio su ją atitinkančia refleksine teise.

Teisės specifine technine šio žodžio prasme atveju teisinis dviejų individų (tiksliau – teisiškai apibrėžto dviejų individų elgesio) santykis yra, t. y. jis yra tada, kai teisinė tvarka suteikia individui, kurio atžvilgiu kitas individas yra įpareigotas elgtis tam tikru būdu, teisinę galią pareikšti ieškinį ir šitaip inicijuoti procesą, turintį pasibaigti tuo, kad teismas išleis individualiąją normą, įsakančią įvykdyti bendrosios normos nustatytą sankciją savo pareigą pažeidusiam individui. Šiuo atveju teisinis santykis individą, kuriam yra suteikta teisinė galia, sieja su įpareigotuoju individu. Tačiau šis santykis yra ne kas kita, kaip elgesio, kurį sudaro naudojimasis teisine galia (teisinio ieškinio), santykis su elgesiu, prieš kurį yra nukreipta sankcija (su deliktu). Tai yra dviejų faktų, kuriuos teisinė tvarka apibrėžia kaip sankcijos sąlygas, santykis. Tai tas tipiškas teisinis santykis, kurį tradicinė teorija vadina „privačiu“. Tačiau tiek, kiek viešųjų ir privačių teisinių santykių skirtumas yra grindžiamas viršenybės bei pavaldumo (viena vertus) koordinacijos tuo pačiu lygmeniu (kita vertus) skirtumu, tiek ir individo, kuriam yra suteikta teisinė galia pareikšti ieškinį, santykis su įpareigotuoju individu, prieš kurį yra nukreiptas ieškinys, yra „viešas“ ta pačia prasme, kuria „viešas“ yra teismo, funkcionuojančio kaip valstybės organas, santykis su įpareigotuoju individu. Juk teisinė individo galia pareikšti ieškinį kitam

individui – tai jo galia dalyvauti kuriant individualiąją normą, kuria skiriama sankcija pareigą pažeidusiam individui. Jeigu teismo funkcija yra priskiriama valstybei ir jeigu situacija atitinkamai yra interpretuojama kaip valstybės, t. y. teisinio autoriteto, santykis su atsakovu, pavaldžiu šiam autoritetui, taigi kaip viršenybės bei pavaldumo santykis, tai, kaip jau buvo sakyta, lygiai taip pat galima interpretuoti ir ieškovo funkciją. Teisinės funkcijos priskyrimas teisinei bendruomenei tik išreiškia požiūrį, kad toji funkcija yra apibrėžta teisinės tvarkos. Viršenybės bei pavaldumo santykis, kuris, tradicinės teorijos teigimu, sieja valstybę (atstovaujamą teismo) su atsakovu, sieja ir ieškovą su atsakovu. Šie viršenybė ir pavaldumas tėra viršenybė ir pavaldumas, siejantys teisinę tvarką su individais, kurių elgesį pastaroji reguliuoja, taigi tai yra tik metafora, išreiškianti tą faktą, kad individų elgesys yra teisės normų turinys. Šioje metaforoje nurodytas autoritetas – tai teisinės tvarkos autoritetas, tvarkos, kurią pagal jos pačios nustatytas taisykles kuria ir taiko tam tikri individai ir kuri įpareigoja bei suteikia teises kitiems individams. Jeigu valstybė vaizduojama viršesne už individą, šitai reiškia tik tai, kad individai, kaip valstybės organai, kuria ir taiko normas, reguliuojančias kitų individų elgesį, o konkrečiai – įpareigoja juos elgtis tam tikru būdu. Atidėjus į šalį minėtą erdvinę metaforą, šitai reiškia tik tai, kad teisinė tvarka apibrėžia faktus, kuriais yra kuriamos teisės normos, tam tikrą žmonių elgesį kaip sąlygą susiejančios su tam tikrais prievartos aktais kaip padariniu.

Ypatingos rūšies teisinis santykis yra tuomet, kai vieno individo pareigą kito individo atžvilgiu teisinė tvarka susieja su antrojo pareiga pirmojo atžvilgiu. Taip yra, pavyzdžiui, pirkimo–pardavimo sutarties atveju, kur pareiga perduoti tam tikras gėrybes susiejama su pareiga sumokėti pirkimo kainą. Čia teisinis santykis yra tarp normos, įpareigojančios pirkėją, ir normos, įpareigojančios pardavėją, arba, tiksliau, tarp teisiškai apibrėžto pirmojo individo elgesio ir teisiškai apibrėžto antrojo individo elgesio.

Greta teorijos, teigiančios, kad teisė yra juridiškai ginamas interesas, esama ir teorijos, pagal kurią teisiniai santykiai yra faktiniai santykiai, kurių prigimtis glūdi lytyje, ekonomikoje arba politikoje ir kurie socialinėje tikrovėje egzistuoja nepriklausomai nuo teisinės tvarkos – teisinė tvarka juos ne konstituoja, o tik reguliuoja. Tačiau kaip subjektinė teisė yra ne teisės normų ginamas interesas, bet šių teisės normų teikiama apsauga, lygiai taip pat ir teisinis santykis yra ne socialinėje tikrovėje jau egzistuojantis faktinis santykis, kurį teisės normos tik reguliuoja, bet toks santykis, kurį konstituoja būtent teisės normos. Pavyzdžiui, teisinis santuokos santykis nėra dviejų skirtingų lyčių individų lytinių bei ekonominių santykių visuma, kuriai teisė tik suteikia ypatingą formą. Be teisės apskritai nėra tokio dalyko kaip „santuoka“. Santuoka kaip teisinis santykis yra teisinis institutas, kitaip tariant, tam tikras teisinių pareigų ir teisių specifine technine prasme kompleksas, t. y. tam tikrų teisės normų visuma. Čia mums rūpi tik teisės normų santykiai arba teisės normų apibrėžiamų faktų santykiai. Į teisę kaip normų sistemą orientuoto pažinimo požiūriu jokių kitų teisinių santykių ir nėra. Bet ir į realią tikrovę orientuotas pažinimas turi pripažinti, kad teisė – taigi ir galiojančios teisinės tvarkos idėja žmonių galvose – gali sukurti faktinius žmonių santykius, kurių be tokios idėjos, kaip elgesio motyvo, nebuvo ir negalėtų būti.

33. TEISĖS SUBJEKTAS; ASMUO

a) Teisės subjektas

Pagal tradicinę teoriją teisės subjektas – tai teisinės pareigos arba teisės subjektas. Jeigu „teisė" (*Berechtigung*) suvokiama ne vien kaip refleksinė teisė, bet ir kaip teisinė galia reikalauti (pareiškiant teisinį ieškinį) atlikti teisinę pareigą, t. y. kaip teisinė galia dalyvauti kuriant teismo sprendimą, konstituojantį individualiąją normą, kuria kaip reakcija į pareigos nevykdymą yra įsakomas sankcijos vykdymas, ir jeigu atsižvelgiama į tai, kad teisinės galios kurti arba taikyti teisės normas subjektas toli gražu ne visada yra įvardijamas kaip teisės subjektas, tada „teisės subjekto" sąvokoje patogu apsiriboti vien teisinės pareigos subjektu ir „teisinės pareigos subjekto" sąvoką atskirti nuo „teisinės galios subjekto" sąvokos. Tiek, kiek tradicinėje teisinėje kalboje teisės normų kūrimo ir taikymo funkcija yra priskiriama teisinei bendruomenei, „teisinės galios subjekto" sąvoka sutampa su „teisinio organo" sąvoka[58]. Pažymėtina, kad teiginys „individas yra teisinės pareigos subjektas arba turi teisinę pareigą" reiškia tik tai, kad tam tikras šio individo elgesys yra teisiškai nustatytos pareigos turinys, o teiginys „individas yra teisinės galios subjektas" reiškia tik tai, kad pagal teisinę tvarką šis individas tam tikrais savo aktais kuria arba taiko teisės normas arba kad tam tikrais savo aktais šis individas dalyvauja kuriant arba taikant teisės normas. Kaip jau minėta, į teisės normas orientuotam pažinimui rūpi ne individai *per se*, bet jų teisiškai apibrėžti veiksmai, sudarantys teisės normų turinį. Sakydami: „Individas, kaip teisinis organas, kuria arba taiko teisę; individas, kaip teisės subjektas, paklūsta arba pažeidžia teisę", šia personifikuojančia kalba išreiškiame tik funkcinį dviejų skirtingų teisiškai apibrėžiamo žmonių elgesio tipų skirtumą. Personifikuotos „teisės subjekto" ir „teisinio organo" sąvokos[59] nebūtinai yra teisinę tvarką aprašančios sąvokos. Jos tėra pagalbinės sąvokos, kurios, kaip ir refleksinės teisės sąvoka, palengvina aprašymą. Jas leistina vartoti tik suvokiant šią jų prigimtį. Pažadinti tokį suvokimą yra Grynosios Teisės Teorijos uždavinys. Jeigu Grynoji Teorija vartoja šias sąvokas, tai tik čia apibūdinta prasme.

Teikdama pirmenybę „teisei", o ne „pareigai", tradicinė teorija lygiai taip pat ir teisės subjektą pirmiausia traktuoja kaip teisių subjektą ir tik po to – kaip pareigų subjektą. Vokiečių teisės teorijoje, skiriančioje teisę nuo teisių kaip objektinę teisę nuo subjektinės teisės, „teisinio subjekto" sąvoka (vok. *Rechtssubjekt*, pažodžiui: teisės subjektas) glaudžiai siejasi su *subjektives Recht* (subjektinės teisės) sąvoka. *Rechtssubjekt*, kaip *subjektives Recht* turėtojo, arba „laikytojo" (*Träger*), sąvoka tėra „subjektinės" teisės sąvokos, iš esmės sukonstruotos pagal nuosavybės teisę, variantas. Visai kaip *subjektives Recht* sąvokoje, *Rechtssubjekt* sąvokoje dominuoja nuo pozityviosios teisinės tvarkos besiskirian-

[58] Tačiau pažymėtina, kad teisinė terminija nėra nuosekli, konkrečiai – ieškovas, besinaudojantis tikra teisine galia, nėra vadinamas „organu".

[59] Plg. p. 145 ir toliau.

čios ir nuo jos nepriklausomos esybės idėja – idėja, jog esama kažkokio teisės subjekto, kurį reikia atrasti individuose ir tam tikruose korporaciniuose dariniuose, kuriuos pozityvioji teisė turi pripažinti kaip tam tikrų teisių subjektus, jeigu ji nori nenustoti buvusi tikrąja teise. Šis požiūris implikuoja antagonizmą tarp teisės, kaip objektyviai galiojančios tvarkos, kaip privalomų normų sistemos (objektinės teisės), ir subjekto turimos subjektinės teisės (teisių); o šis antagonizmas implikuoja loginį prieštaravimą. Tas prieštaravimas aiškiausiai atsiskleidžia, kai buvimo teisės subjektu esme laikoma laisvė, tuo tarpu objektinės teisės esme laikoma jos varžančioji jėga, netgi prievartinis jos pobūdis, kuris akivaizdžiai yra laisvės priešybė. Antai G. F. Puchta sako: „Pamatinė teisės sąvoka yra laisvė. <...> Laisvė savo bendriausia samprata yra apsisprendimo galimybė. <...> Žmogus yra teisės subjektas [*Rechtssubjekt*, teisinis subjektas], nes turi galimybę apsispręsti, o tai reiškia, kad jis gali [laisvai] pareikšti savo valią“ (*Cursus der Institutionen*, 10 leidimas, 1873, 1, 4, 5, 6).

Šio teisės subjekto sąvokos apibrėžimo fiktyvumas yra akivaizdus. Juk jeigu galima kalbėti apie individo, kaip teisės subjekto, apsisprendimą, konkrečiai – vadinamosios privatinės teisės srityje (teisinės sutarties vykdomos teisėkūros funkcijos atžvilgiu), tai teisinio apsisprendimo (arba autonomijos) čia esama tik labai riboto. Juk niekas negali susikurti sau teisių, nes vieno teisė preziumuoja kito pareigą, ir tokį teisinį santykį privatinės teisės srityje dviejų individų susitarimu galima teisėtai sukurti tik pagal teisinę tvarką. Bet net ir tokiu atveju reikia, kad teisinė tvarka tam susitarimui suteiktų teisėkūros funkciją. Todėl teisinės determinacijos šaltinis galiausiai yra objektinė teisė, o ne jai pavaldūs teisės subjektai. Vadinasi, visiško apsisprendimo nėra net privatinėje teisėje.

Ideologinę šios vidujai prieštaringos teisės subjekto, kaip teisių turėtojo, sampratos funkciją pastebėti nesunku: ši funkcija – tai mėginimas apginti idėją, esą pats teisės subjekto, kaip teisės turėtojo (vadinasi, nuosavybės teisės turėtojo), buvimas priklauso kategorijai, kuri yra transcendentinė objektinei teisei, t. y. žmogaus sukurtai, tad ir žmogaus keičiamai pozityviajai teisei, kitaip tariant, apginti idėją, esą nuosavybė – tai institutas, saugomas užkardos, kuri teisinei tvarkai yra neįveikiama. Teisės subjekto, kuris, kaip subjektinės teisės turėtojas, yra nepriklausomas nuo pozityviosios teisės, samprata tampa dar svarbesnė, jeigu pripažįstama, kad teisinė tvarka, garantuojanti privačios nuosavybės institutą, gali kisti ir kad ji nuolat kinta, kad ji yra žmonių valios, o ne amžinosios Dievo valios arba gamtos kūrinys, ypač tada, kai teisinės tvarkos kūrimas yra demokratinio proceso rezultatas. Nuo teisės nepriklausomo teisės subjekto idėja, t. y. „subjektinės“ teisės – ne mažiau „tikros“ „teisės“ nei „objektinė“, t. y. pozityvioji, teisė, o gal net „tikresnės“, – turėtojo idėja, siekiama apsaugoti privačios nuosavybės institutą, kad teisinė tvarka jo nesunaikintų. Nesunku suprasti, kodėl teisinio subjektiškumo ideologija mėgina nustatyti sąsają su etinėmis individo laisvės arba autonomiškos asmenybės vertybėmis, kadangi ši laisvė visada apima nuosavybę. Tvarką, kuri atsisako pripažinti žmogų laisva asmenybe čia nurodytąja prasme, t. y. tvarką, negarantuojančią subjektinės nuosavybės teisės, ši ideologija atmeta kaip apskritai neteisinę tvarką.

b) Fizinis asmuo

Tradicinė teorija „teisės subjekto“ sąvoką tapatina su „asmens“ sąvoka. Tradicinėje teorijoje „asmuo“ apibrėžiamas kaip žmogus, kuris yra teisių ir pareigų subjektas. Kadangi kaip asmenys yra pateikiami ne tik žmonės, bet ir kitokios esybės, kaip antai korporacijos, municipalitetai ir valstybės, tai asmuo yra apibrėžiamas kaip teisių ir pareigų turėtojas, tačiau tokiu turėtoju gali būti ne tik žmogus, bet ir šios kitos esybės. Tradicinėje teorijoje, formuluojančioje „teisinio asmens“ sampratą, teisių ir pareigų „turėtojo“ sąvoka atlieka lemiamą vaidmenį. Jeigu teisių ir pareigų turėtojas yra žmogus, tradicinė teorija kalba apie „fizinį asmenį“; jeigu tai yra viena iš minėtų kitų esybių, ji kalba apie „juridinį asmenį“. Fizinis asmuo kaip „natūralus“ asmuo čia priešpriešinamas juridiniam asmeniui kaip „dirbtiniam“ asmeniui, t. y. ne „realiam“, bet jurisprudencijos sukonstruotam. Tiesa, būta pastangų įrodyti, kad ir juridiniai asmenys yra „realūs“. Bet šios pastangos yra bergždžios, nes analizė rodo, kad net vadinamasis fizinis asmuo yra dirbtinis jurisprudencijos konstruktas, t. y. kad net vadinamasis fizinis asmuo iš tikrųjų tėra „juridinis“ asmuo.

Jeigu teises ir pareigas juridinio asmens atveju gali turėti kažkas, kas nėra žmogus, tai ir vadinamojo fizinio asmens atveju tas, kas turi teises ir pareigas (o juridiniam asmeniui jas reikia turėti taip pat, kaip ir fiziniam asmeniui, nes abu jie yra „asmenys“ kaip teisių ir pareigų „turėtojai“), turi būti ne žmogus (aptariamasis „turėtojas“), bet tai, kas yra bendra žmogui ir „juridiniam asmeniui“.

Taip pat sakoma, kad žmogus turi „subjektiškumą“, kad teisinė tvarka suteikia žmonėms (bet nebūtinai visiems) subjektiškumą. Vergai nėra „asmenys“, jie neturi teisinio subjektiškumo. Tradicinė teorija neneigia, kad „asmuo“ ir „žmogus“ – tai dvi skirtingos sąvokos, nors ji tvirtina, kad šiuolaikinėje teisėje, kitaip nei senovės teisėje, visi žmonės yra asmenys, t. y. turi teisinį subjektiškumą. Tačiau ką gi reiškia tradicinės teorijos teiginys, kad teisinė tvarka žmogui (arba žmonių grupei) suteikia teisinio subjektiškumo savybę – tą savybę, jog jis yra asmuo? Jis reiškia, kad teisinė tvarka nustato žmonėms pareigas arba suteikia jiems teises, t. y. kad teisinė tvarka žmonių elgesį padaro pareigų ir teisių turiniu. Būti „asmeniu“ arba „turėti teisinį subjektiškumą“ ir turėti teisines pareigas bei subjektines teises yra visai tas pats. Asmuo, kaip pareigų ir teisių turėtojas, nėra kažkas kita nei tos pareigos ir teisės, kurių turėtoju šis asmuo yra vaizduojamas – panašiai kaip apie medį, turintį kamieną, šakas ir žiedus, yra sakoma, kad jis tėra šių komponentų visuma, o ne substancija, kuri yra kažkas kita nei kamienas, šakos ir žiedai. Fizinis arba juridinis asmuo, „turintis“ pareigas bei teises, *ir yra* šios pareigos bei teisės – pareigų bei teisių, kurių visumą metaforiškai išreiškia „asmens“ sąvoka, kompleksas. „Asmuo“ tėra šios visumos personifikacija.

Kruopščiai išanalizavę faktus, kuriuos tradicinė teorija pateikia kaip „juridinio asmens teises ir pareigas“, ir žodį „teisė“ vartodami jo specifine technine prasme (ta, kuria jis reiškia teisinės galios, arba kompetencijos, pareikšti kam nors ieškinį realizavimą), matome, kad šių teisių ir pareigų, visiškai kaip ir fizinio asmens teisių ir pareigų, turinys

yra žmonių elgesys, tad šia prasme (ir tik šia prasme) jos yra žmonių teisės ir pareigos. Naudojimasis teise arba pareigos atlikimas ar pažeidimas gali reikštis tik žmogaus elgesiu. Todėl sąsaja su žmogumi negali būti tas elementas, kuris fizinį, arba natūralų, asmenį atskiria nuo juridinio, arba dirbtinio, asmens. Tad vadinamojo fizinio asmens negalima priešpriešinti juridiniam asmeniui ir apibrėžti kaip kažko panašaus į tam tikru būdu kvalifikuojamą žmogų – kvalifikuojamą tuo atžvilgiu, kad jis turi teises ir pareigas. Tokį apibrėžimą reikia atmesti taip pat, kaip yra atmetamas teisės, kaip „juridiškai ginamo intereso“, apibrėžimas. Taip, kaip individo teisė yra ne (juridiškai ginamas) interesas, bet intereso teisinė apsauga, lygiai taip pat ir fizinis asmuo yra ne žmogus, turintis teises ir pareigas, bet teisių ir pareigų, kurių turinys yra žmogaus elgesys ir kurios dėl to sudaro vienovę, visuma. Tokią visumą išreiškia ir toji teisės subjekto sąvoka, kurią tradicinė teorija tapatina su juridinio asmens sąvoka. Kaip buvo pabrėžta, tai, kad žmogus yra teisės subjektas (teisių ir pareigų subjektas), reiškia tik tai (ir nieko daugiau), kad teisinių pareigų bei juridinių teisių turinys yra žmogaus elgesys, tik tai, kad žmogus yra asmuo, arba turi subjektiškumą, ir nieko daugiau. O tai, ką mes matome abiem atvejais (ir fizinio asmens atveju, ir juridinio asmens atveju), yra teisinės pareigos bei juridinės teisės, kurių turinys yra žmonių elgesys ir kurios sudaro vienovę. Teisinis asmuo yra teisinių pareigų ir juridinių teisių komplekso vienovė. Kadangi šias pareigas bei teises konstituoja teisės normos (tiksliau: jos *yra* šios teisės normos), analizuojant „asmens“ problema galiausiai yra normų komplekso vienovės problema. Klausimas čia štai koks: kas nulemia tą vienovę vienu atveju, o kas – kitu?

Kaip fizinis asmuo vaizduojamą pareigų bei teisių vienovę (t. y. mums čia rūpimų teisės normų vienovę) nulemia ta aplinkybė, kad šių pareigų bei teisių turinys yra vis to paties žmogaus elgesys – tai teisės normų apibrėžtas to paties žmogaus elgesys. Tad vadinamasis fizinis asmuo yra ne žmogus, bet teisės normų, įpareigojančių arba įgalinančių tą patį žmogų, personifikuota visuma. Jis yra ne gamtinė tikrovė, o teisės mokslo sukurtas teisinis konstruktas – sąvoka, kuri, pateikiant teisiškai relevantiškus faktus, yra pagalbinė. Šiuo atžvilgiu fizinis asmuo yra juridinis asmuo.

c) Juridinis asmuo (korporacija)

Vadinamojo juridinio asmens, kurį tradicinė jurisprudencija priešpriešina fiziniam asmeniui, esmę aiškiausiai atskleidžia tipinio juridinio asmens, būtent korporacijos, atvejo analizė. Šioji paprastai apibrėžiama kaip individų bendruomenė, kuriai teisinė tvarka nustato pareigas ir suteikia teises, nelaikomas ją sudarančių atskirų narių pareigomis ir teisėmis. Būtent dėl to, kad šios pareigos ir teisės vienaip ar kitaip yra susijusios su korporaciją sudarančių individų interesais, tačiau vis dėlto (pagal tradicinę teoriją) nėra jų pačių pareigos bei teisės, jos yra interpretuojamos kaip korporacijos pareigos ir teisės, o korporacija yra suvokiama kaip asmuo.

Štai kaip yra aprašomi teisiniai juridinio asmens santykiai. Pavyzdžiui, sakoma, kad korporacija nuomoja namą arba perka žemės sklypą. Teisė naudotis namu (t. y. teisė neleis-

ti juo naudotis ne korporacijos nariams), žemės nuosavybė (t. y. teisė ja disponuoti ir neleisti ja disponuoti ne nariams) – tai korporacijos, o ne jos narių teisė. Jeigu ši teisė pažeidžiama, tai teisme ieškinį pareikšti turi ne atskiras narys, o korporacija; teisės pažeidimu padarytos žalos atlyginimas (civiliniu išieškojimu gauta suma pinigų) tampa korporacijos, o ne atskirų narių lėšomis. Pareiga mokėti nuomą namo savininkui, pirkimo kainą žemės sklypo pardavėjui – tai korporacijos, o ne jos narių pareigos; juk jeigu toji pareiga nevykdoma, t. y. jeigu korporacija padaro deliktą, tai savininko arba pardavėjo ieškinys yra nukreipiamas į korporaciją, o ne į jos narius, taip pat ir civilinis išieškojimas yra nukreipiamas ne į narių, bet į korporacijos turtą. Tiesa, pasitaiko atvejų, kai trūkstant korporacijos turto civilinį išieškojimą galima nukreipti ir į narių turtą – tai yra tokie atvejai, kai atsakomybė už deliktą nėra apribojama korporacijos turtu, bet nariai taip pat atsako už deliktą savo turtu. Tačiau korporacijos teisinio subjektiškumo sampratą pasufleruoja būtent korporacijos ribotos atsakomybės atvejis.

Teisiniai korporacijos, kaip juridinio asmens, santykiai aprašomi dviejų tipų teiginiais. Tvirtinama, kad korporacija, kaip veikiantis asmuo, atlieka tam tikrus aktus, ypač teisinius, – kad korporacija sudaro teisinį sandorį (pavyzdžiui, sudaro sutartį), kad ji kažkam pareiškia ieškinį, kad ji atlieka teisinę pareigą arba kad ji savo elgesiu teisinę pareigą pažeidžia, t. y. padaro deliktą. Ir, antra, tvirtinama, kad korporacija yra teisinių pareigų bei juridinių teisių subjektas, nes teisinė tvarka pareigas nustato ir teises suteikia jai. Pirmasis teiginys visada aprašo konkretaus individo, per kurį veikia teisinis asmuo, elgesį.

Kaip korporacijos veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo yra interpretuojamas būtent individo veiksmas arba susilaikymas nuo veiksmo – tai jis yra „priskiriamas" korporacijai. Žmogus, per kurį korporacija veikia kaip juridinis asmuo ir kurio elgesys priskiriamas korporacijai, vadinamas korporacijos „organu". Korporacijos, kaip veikiančiojo asmens, problema yra (jau aptartoji) bendruomenės organo problema, tai individo vykdomos funkcijos priskyrimo bendruomenei problema. Korporacijos, kaip juridinio asmens, atveju problema yra štai kokia. Kokiomis sąlygomis žmogaus elgesį galima interpretuoti kaip korporacijos elgesį – priskirti jį korporacijai[60]? Kokios yra tos sąlygos, kuriomis žmogus tam tikrą veiksmą atlieka arba susilaiko nuo jo kaip korporacijos organas? Su šia problema glaudžiai siejasi korporacijos, kaip pareigų ir teisių subjekto, problema. Kadangi pareigų ir teisių turinys gali būti tik žmonių elgesys, teisinė tvarka gali nustatyti pareigas ir suteikti teises tik žmonėms. Teiginys, kad korporacija yra pareigų ir teisių subjektas, apibūdina konkrečių žmonių pareigas bei teises, tačiau šios yra interpretuojamos kaip juridinio asmens pareigos ir teisės, t. y. jos yra priskiriamos juridiniam asmeniui. Tad tradicinės teorijos prielaida, esą juridinio asmens pareigos ir teisės nėra (arba nėra kartu ir) žmonių (kurie tradicinės teorijos terminijoje vadinami „fiziniais asmenimis") pareigos ir teisės, neįtikina.

[60] Plg. § 30c.

d) Juridinis asmuo kaip veikiantis subjektas

Jeigu du arba daugiau individų nori nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo srityje kartu siekti tam tikrų ekonominių, politinių, religinių, humanitarinių arba kitokių tikslų, jie sukuria bendruomenę, savo jungtinį elgesį pajungdami ypač šį elgesį reguliuojančiai, taigi ir bendruomenę įkuriančiai, normatyvinei tvarkai. Bendruomenę sudarančių individų bendradarbiavimą siekiant bendruomenės tikslo galima organizuoti pagal darbo pasidalijimo principą. Tokiu atveju bendruomenė yra korporacija. Juk korporacija yra apibrėžiama kaip „organizuota“ bendruomenė, t. y. kaip bendruomenė, kurią konstituoja normatyvinė tvarka, „įstatai“, nustatantys, kad tam tikras funkcijas turi vykdyti šiam tikslui įstatuose nustatytu būdu pašaukti individai, kitaip tariant, normatyvinė tvarka, institucionalizuojanti pagal darbo pasidalijimo principą dirbančius organus[61]. Korporaciją konstituojantys įstatai sukuriami teisiniu sandoriu, kurį apibrėžia nacionalinė teisinė tvarka. Neminint tarptautinės teisės, korporacijos įstatai – tai viena iš dalinių teisinių tvarkų, kurias reikia skirti nuo nacionalinės teisinės tvarkos kaip visuminės teisinės tvarkos.

Įstatai reguliuoja „korporacijos nariais“ esančių, korporacijai „priklausančių“, korporaciją „sudarančių“ individų elgesį. Šios metaforos reiškia tik tai, kad tam tikrą šių individų elgesį reguliuoja dalinė teisinė tvarka. Kaip sakyta, šie individai korporacijai priklauso ne visa savo esybe, o tik tais veiksmais arba neveikimu, kuriuos apibrėžia įstatai. Korporacijai galima priskirti tik įstatų apibrėžtą veiksmą arba susilaikymą nuo veiksmo. Juk žmogaus elgesio akto priskyrimas korporacijai išreiškia tik šio akto santykį su bendruomenę konstituojančia normatyvine tvarka – tvarka, kurią šis priskyrimas personifikuoja. Dėl to bet kokį normatyvinės tvarkos apibrėžiamą elgesį galima priskirti tos tvarkos konstituojamai bendruomenei; bet kurią keleto individų elgesį reguliuojančią normatyvinę tvarką (taip pat tą, kuri nesteigia jokių pagal darbo pasidalijimo principą funkcionuojančių organų) galima personifikuoti, traktuoti kaip veikiantį asmenį; vadinasi, į bet kurį tokios bendruomenės „narį“ galima žvelgti kaip į jos „organą“. Tačiau pagal įprastą kalbos vartoseną bendruomenei priskiriamos tik tos funkcijos, kurias pagal darbo pasidalijimo principą vykdo tam įgalinti individai, ir tik šias funkcijas vykdantys individai yra vadinami organais, todėl korporacijos „organus“ galima skirti nuo jos „narių“. Pažymėtina, kad korporacijos organai pagal įstatus gali vykdyti ne tik tokias teisines funkcijas, kaip įstatų keitimas, ieškinio pareiškimas, apeliacijos padavimas, teisinių sandorių sudarymas, bet ir kitas funkcijas, kurias lemia korporacijos tikslas. Jeigu šios funkcijos priskiriamos korporacijai, jeigu korporacija apibūdinama kaip veikiantis asmuo, jeigu sakoma, kad korporacija „veikia“ (nors įstatuose apibrėžtą aktą atlieka tik įstatuose apibrėžtas žmogus), tada šioje antropomorfinėje metaforoje naudojama tokia pat fikcija, kaip ir toji, kuri naudojama atstovo pagal įstatymą veiksmus priskiriant atstovaujamam neveiksniam individui. Tai, kad „juridinio asmens“ antropomorfinė metafora yra klaidingai interpretuojama kaip reali esybė, kaip kažkoks antžmogis arba organizmas, yra neleistina mąstymo palengvinimo priemonės arba pagalbinės sąvokos, jurisprudencijos sukonstruotos tik tam, kad būtų galima papraščiau ir vaizdingiau

[61] Plg. p. 147 ir toliau.

aprašyti sudėtingą teisinę situaciją, hipostazė. Toks hipostazavimas ne tik trukdo aprašyti reikiamus faktus, bet ir sukuria tariamų problemų, kurias jurisprudencija beviltiškai mėgina spręsti. Šios tariamos problemos ypač pragaištingos tada, kai kaip juridinis asmuo hipostazuojama yra valstybė ir kai iškyla šios realybės santykio su teise, kaip „jos“ teise, klausimas. Apie tai bus kalbama toliau[62].

e) Juridinis asmuo kaip pareigų ir teisių subjektas

Ši metafora vartojama korporaciją apibūdinant ne tik kaip veikiantį asmenį, bet ir kaip pareigų ir teisių subjektą; tradicinė teorija „teisėmis“ laiko ne tik teises technine šio žodžio prasme, t. y. teisines galias, bet ir pozityvius leidimus. Korporacijos pareigos ir teisės iš dalies yra tos, kurias nustato nacionalinė teisinė tvarka, o iš dalies tos, kurias (nacionalinės teisinės tvarkos) įgalinimo pagrindu nustato korporacijos įstatai. Pirmosios yra išorinės, o antrosios – vidinės korporacijos pareigos bei teisės. Tačiau įstatai gali nustatyti ir narių pareigas bei teises, kurios nėra priskiriamos korporacijai. Korporacijos pareiga mokėti mokesčius arba korporacijos teisė sudaryti sandorius, arba teisė pareikšti ieškinį ir šitaip reikalauti atlikti pareigą korporacijai, arba teisė dalyvauti politiniuose rinkimuose, arba korporacijos teisė užsiimti tam tikru verslu – visa tai yra išorinės pareigos bei teisės. Korporacijos pareiga išdalyti pelną savo nariams arba korporacijos teisė rinkti nario mokestį – tai vidinės pareigos bei teisės. Tačiau atitinkama teisė gauti pelno dalį bei atitinkama pareiga mokėti nario mokestį apibūdinamos kaip narių, o ne korporacijos teisės ir pareigos. Korporacijos, kaip juridinio asmens, prigimties problemos požiūriu relevantiškos yra tik tos pareigos bei teisės, kurios interpretuojamos kaip korporacijos pareigos bei teisės.

Sakėme, kad visų pareigų ir teisių turinys yra žmonių elgesys. Jeigu nacionalinė teisinė tvarka nustato pareigas arba suteikia teises, interpretuojamas kaip korporacijos pareigos ir teisės, jeigu kalbame apie korporacijos pareigas ir teises, tai šias pareigas gali vykdyti ir šiomis teisėmis gali naudotis tik korporacijai priklausantys žmonės. Ir jeigu šios pareigos bei teisės yra priskiriamos korporacijai, tai atlikti (arba pažeisti) šias pareigas bei naudotis šiomis teisėmis turi minėti individai, veikiantys kaip korporacijos organai. Todėl nacionalinė teisinė tvarka, nustatydama korporacijai pareigas arba suteikdama teises, apibrėžia tik materialųjį elgesio, sudarančio pareigos arba teisės turinį, elementą, o personalinį elementą, t. y. individą, turintį atlikti pareigą arba pasinaudoti teise, apibrėžti palieka įstatams; tad nacionalinės teisinės tvarkos santykis su įpareigotu arba įgalintu juridiniu asmeniu yra dviejų teisinių tvarkų – visuminės ir dalinės – santykis. Todėl būdas, kuriuo nacionalinė teisinė tvarka (kalbant tradicinės terminijos terminais) įpareigoja arba įgalina korporaciją kaip juridinį asmenį, skiriasi nuo būdo, kuriuo nacionalinė teisinė tvarka įpareigoja arba įgalina žmogų kaip fizinį asmenį. Antruoju atveju nacionalinė teisinė tvarka tiesiogiai apibrėžia ne tik materialųjį, bet ir personalinį elgesio, sudarančio pareigos arba teisės turinį, elementą.

[62] Plg. § 41a.

Dėl korporacijos vidinių pareigų bei teisių, tai įstatai apibrėžia ir materialųjį, ir personalinį elgesio, sudarančio pareigos arba teisės turinį, elementus. Vidinės pareigos yra nustatomos įstatuose apibrėžiant elgesį, kurio priešybę nacionalinė teisė susieja su sankcija. Vidinės teisės yra nustatomos įstatuose apibrėžiant narių pareigas, kurias atlikti pagal nacionalinę teisinę tvarką gali reikalauti įstatuose apibrėžtas individas, kaip korporacijos organas, pareikšdamas ieškinį.

Juridinio asmens pareigos

Šiuose svarstymuose buvo remiamasi prielaida, kad teisinė tvarka nustato pareigą elgtis tam tikru būdu, jeigu priešingas elgesys (kaip žmonių elgesys) yra padaromas sankcijos sąlyga. Elgesys, kuris yra sankcijos sąlyga, yra deliktas; sankcija yra delikto padarinys. Todėl pareigos subjektas yra individas, kuris savo elgesiu gali užsitraukti sankciją arba jos išvengti, t. y. gali padaryti deliktą arba nuo jo susilaikyti. Jeigu priimama tokia teisinės pareigos samprata, tai individą galima laikyti galinčiu turėti pareigą (*verpflichtungsfähig*) tik tuo atveju, kai jis gali padaryti deliktą (*deliktsfähig*)[63].

Kai teisinė tvarka nustato pareigą, interpretuojamą kaip korporacijos, traktuojamos kaip juridinis asmuo, pareiga, susiduriame su štai kokia situacija. Teisinė tvarka apibrėžia tam tikrą elgesį ir jo priešybę susieja su sankcija, tačiau apibrėžti individą, kurio elgesiu užtraukiama sankcija arba jos išvengiama, palieka korporacijos įstatams; o sankciją ji numato tokiu būdu, kad šią galima interpretuoti kaip nukreiptą ne prieš individą, bet prieš korporaciją; vadinasi, atsakomybę už pareigos neatlikimą (blogybę, patiriamą kaip sankciją) galima priskirti korporacijai. Vėliau aptarsime, kuo šis priskyrimas grindžiamas; o dabar galime (nesigriebdami priskyrimo fikcijos) pasakyti tik tai, kad toji pareiga – tai individo, galinčio savo elgesiu ją atlikti arba pažeisti, pareiga, bet už šios pareigos neatlikimą savo asmeniu arba turtu atsako *kitas* individas arba individai. Įstatai apibrėžia individą, galintį savo elgesiu tą pareigą atlikti arba pažeisti (jie sudaro galimybes šiam ir tik šiam individui elgtis nurodytuoju būdu, o tai bendresne prasme reiškia, kad jie jį įgalina), taigi jie netiesiogiai apibrėžia ir šio individo elgesį. Tad elgesį, kuriuo individas atlieka arba pažeidžia pareigą, vadinasi, ir pačią atliktą arba pažeistą pareigą, galima sieti su įstatais, t. y. su korporaciją konstituojančia daline normatyvine tvarka.

Tokia situacija susiklosto, kai pareiga yra priskiriama korporacijai kaip juridiniam asmeniui (šioji interpretuojama kaip pareigos subjektas), o individas, kuris faktiškai tą pareigą atlieka arba pažeidžia, yra laikomas korporacijos organu. Pasinaudojus šiuo fiktyviu priskyrimu juridinis asmuo vaizduojamas kaip galintis turėti pareigą ir padaryti deliktą.

Korporacijos galėjimo turėti pareigą problema ir su ja glaudžiai susijusi bei plačiai aptarinėjama jos galėjimo padaryti deliktą problema – tai priskyrimo problema, o priskyrimas yra mintinė operacija, kurią galima, bet nebūtinai reikia atlikti; juk faktus galima aprašyti ir be šios mintinės operacijos, kuri bet kuriuo atveju apima fikciją, ypač kai korporacijai priskiriamas deliktas. Deliktas yra žmogaus elgesio aktas, todėl jį įvykdyti gali

[63] Plg. § 31.

tik konkretus žmogus. Iš tikrųjų, kaip liudija kalbos vartosena, teisinės tvarkos apibrėžtas žmonių elgesys tos tvarkos konstituojamai bendruomenei priskiriamas nenuosekliai, nes ne visada vadovaujamasi tuo pačiu kriterijumi. Žmonių elgesio priskyrimas gali būti platus arba ribotas. Jeigu bendruomenės „organu“ laikomas tik *ypatingu būdu* funkcionuojantis individas[64], be to, jeigu tariama, kad kai individo elgesio neįgalina normatyvinė tvarka, šio elgesio negalima priskirti bendruomenei, ir jeigu galiausiai daroma prielaida, kad korporacijos įstatai įgalina jos organus tik atlikti, o ne pažeidinėti nacionalinės teisinės tvarkos nustatytas pareigas (o pagal nacionalinę teisinę tvarką jie *gali* įgalinti tik atlikti pareigas, bet ne jas pažeidinėti), to padaryti delikto korporacija negali. Bet nėra jokių kliūčių, dėl kurių tos pareigos, kurią atlikti įstatai įgalina korporacijos organą, atlikimo nebūtų galima priskirti korporacijai, todėl korporaciją galima traktuoti kaip pareigos, kurią ji gali atlikti, bet kurios negali pažeisti, subjektą; tad šia ribota prasme korporaciją galima apibūdinti kaip galinčią turėti pareigą, bet negalinčią padaryti delikto. Galima paprieštarauti, esą tai nesuderinama su šiuose puslapiuose išrutuliota teisinės pareigos samprata, pagal kurią pareigas turėti gali tik tas, kas gali padaryti deliktą; bet toks prieštaravimas čia netinka, nes iš tikrųjų (nesigriebiant priskyrimo fikcijos) teisiškai įpareigota yra ir pareigą turėti gali ne korporacija, bet tik *tas* individas, kuris savo elgesiu tą pareigą gali atlikti arba pažeisti. Iš tos aplinkybės, kad pirmuoju atveju individas yra laikomas korporacijos organu (t. y. kad jo elgesys priskiriamas korporacijai), nebūtinai išplaukia, kad jį reikia laikyti organu ir antruoju atveju. Toks priskyrimas visada yra tik galimas ir niekada nėra būtinas. O iš tikrųjų korporacija *yra* traktuojama kaip galinti padaryti deliktą; pagal įprastą kalbos vartoseną korporacijai mes priskiriame tam tikrų nacionalinės teisinės tvarkos nustatytų pareigų neatlikimą. Antai sakoma, kad korporacija (kaip juridinis asmuo) nesumokėjo mokesčių, – vadinasi, padarė baudžiamąjį deliktą, arba kad korporacija nesumokėjo nuomos už nuomojamą namą, arba nesumokėjo pirkimo kainos už nupirktą žemės sklypą, – vadinasi, padarė civilinį deliktą. Visa tai reiškia, kad minėti deliktai yra priskiriami korporacijai; korporacija yra laikoma pažeidėja, dėl to ją galima laikyti ir pažeistų pareigų subjektu. Tačiau jeigu korporacijai priskiriamas ne tik pareigų atlikimas, bet ir jų pažeidimas, tai individą, kurį įstatai įgalina atlikti šias pareigas, reikia pripažinti korporacijos organu, net jeigu jis peržengia to įgalinimo siauresne prasme ribas, t. y. jeigu jis ne atlieka korporacijai nustatytą pareigą, bet savo elgesiu ją pažeidžia. Tai visiškai įmanoma, jeigu pripažįstama, kad žmonių elgesio priskyrimas korporacijai reiškia tik tai, kad tas elgesys vienaip ar kitaip yra apibrėžiamas korporaciją konstituojančiuose įstatuose, jeigu pripažįstama, kad „priskirti tam tikro individo elgesį korporacijai“ reiškia tik tai, kad šį elgesį galima sieti su įstatais. Kaip jau buvo parodyta anksčiau, elgesys, kuriuo yra pažeidžiama korporacijos pareiga ir kuris pagal nacionalinę teisinę tvarką yra sankcijos sąlyga, yra netiesiogiai apibrėžiamas korporacijos įstatuose tiek, kiek juose yra apibrėžiamas individas, savo elgesiu galintis atlikti arba pažeisti pareigą. Jeigu, pavyzdžiui, įstatai nustato, kad korporacijos mokesčius iš korporacijos iž-

[64] Plg. p. 146 ir toliau.

do turi mokėti tam tikras organas, tai korporacijos pareigą mokėti mokesčius gali pažeisti tik šis organas; tad šį elgesį, pažeidžiantį nacionalinės teisinės tvarkos tiesiogiai nustatytą korporacijos pareigą, netiesiogiai apibrėžia ir įstatai.

Jeigu deliktas nėra priskiriamas korporacijai, tai taip yra dėl to, kad tam tikrą elgesį įgalinantys įstatai (kaip ir sutartis, įpareigojanti šalį elgtis teisiškai draudžiamu būdu) nacionalinės teisinės tvarkos požiūriu yra niekiniai arba nuginčijami. Bet nebūtinai. Gali būti, kad pagal nacionalinę teisinę tvarką įstatai galioja, nors jie įgalina organą elgtis nacionalinės teisinės tvarkos draudžiamu būdu. Jeigu įstatai organą įgalina arba net įpareigoja elgtis nacionalinės teisinės tvarkos draudžiamu būdu, tai susiduriame su jau aptarta situacija[65], kai sankcijos sąlyga yra ir tam tikras elgesys, ir jo priešybė, būtent – elgesys, kuriuo organas atlieka jam įstatų nustatytą pareigą, yra prieš korporaciją nukreiptos sankcijos sąlyga, o elgesys, kuriuo organas pažeidžia jam įstatų nustatytą pareigą, yra prieš organą nukreiptos sankcijos sąlyga[66]. Šią situaciją galima aprašyti dviem teisės taisyklėmis, kurios logiškai viena kitai neprieštarauja. Bet teisinės politikos požiūriu tokia situacija yra itin nepageidaujama. Siekdama jos išvengti, nacionalinė teisinė tvarka gali nustatyti, kad įstatuose nustatytas įgalinimas, konkrečiai – įstatuose nustatytas įpareigojimas elgtis nacionalinės teisinės tvarkos draudžiamu būdu, laikytinas negaliojančiu, t. y. niekiniu arba nuginčijamu. Jeigu nacionalinė teisinė tvarka to nedaro, tai deliktą, kurį organas padarė laikydamasis įstatų, galima priskirti korporacijai, net jeigu priskiriant apsiribojama tuo elgesiu, kurį įgalina įstatai. Jeigu korporacijos įstatų normos įgalina elgtis neteisėtu būdu, jos ne visada laikomos niekinėmis arba nuginčijamomis. Pavyzdžiui, akcinės bendrovės akcininkų susirinkimas gali, remdamasis šios bendrovės teisinio patarėjo nuomone, nuspręsti nemokėti tam tikro mokesčio ir tam tikram korporacijos organui nurodyti elgtis atitinkamai. Ir jeigu tas mokestis nėra sumokamas, be to, jeigu fiskalinė institucija prieš kompaniją nukreipto administracinio mokestinio proceso tvarka nusprendžia, kad šis nemokėjimas yra deliktas, ir nurodo bendrovei sumokėti mokestį bei baudą, ir jeigu galiausiai dėl to, kad nebuvo sumokėta, išieškojimas yra nukreipiamas tiesiogiai į bendrovės turtą, tai neteisėtas organo elgesys yra priskiriamas korporacijai ir nėra tariama, girdi, neteisėtas elgesys peržengęs įstatuose nustatyto įgalinimo ribas, nėra tariama, girdi, taip pasielgęs individas veikęs *ne* kaip korporacijos organas, bei nėra tariama, kad tokį elgesį įgalinę įstatai (ypač individualioji norma, įgalinusi arba įpareigojusi organą nemokėti) buvę negaliojantys.

Jeigu bendruomenės organo arba nario padaryto delikto priskyrimas bendruomenei priklauso nuo to, ar deliktą įgalino bendruomenę konstituojantys įstatai, tai atsakymas į klausimą, ar toks priskyrimas yra galimas, priklauso nuo įstatų aiškinimo. Toks klausimas gali kilti priimant sprendimą dėl politinių nusikaltimų, kuriuos padaro politinės organizacijos nariai arba organai. Net jeigu tos organizacijos įstatuose nėra specialios klauzulės, įgalinančios padaryti nusikaltimą, dėl kurio priimamas nuosprendis, vis tiek gali būti tariama,

[65] Plg. § 5a.
[66] Tokia situacija pasitaiko ir tarptautinėje teisėje; plg. § 43b.

kad nusikaltimas buvo padarytas laikantis įstatų tuo atveju, kai darydamas nusikaltimą organizacijos organas arba narys veikė siekdamas savo tylomis suvoktų (nors konkrečiai ir neįvardytų) organizacijos tikslų.

Be to, įstatų įgalintą neteisėtą elgesį korporacijai galima priskirti net negaliojančių įstatų pagrindu. Kadangi ši nebūtinoji mintinė operacija yra teisiškai nerelevantiška, net teisinės tvarkos požiūriu neteisėti įstatai gali praversti kaip aiškinimo schema. Taip esti tada, kai politinėms organizacijoms yra priskiriami nusikaltimai, kuriuos padaro jų organai arba nariai, jeigu šios organizacijos veikia pagal slaptus įstatus, įgalinančius šių organizacijų organus arba narius daryti tokius nusikaltimus, ir jeigu atitinkamai šios organizacijos yra paskelbtos ardomosiomis bei nusikalstamomis[67].

Jeigu klausimas, kas yra pareigos, apibūdinamos kaip korporacijos pareiga, „subjektas", sprendžiamas nesigriebiant priskyrimo, tai, kaip ir anksčiau, tos pareigos subjektu mes galime laikyti tik tą individą, kuris savo elgesiu gali atlikti pareigą arba ją pažeisti, kitaip tariant, kompetentingą korporacijos organą. Jeigu atsižvelgiame į tai, kad finansines pareigas (o paprastai turime reikalą būtent su jomis) reikia atlikti ne iš organo turto, o iš turto, kuris yra interpretuojamas kaip korporacijos turtas, ir jeigu, kaip matysime vėliau, korporacijos turtą galima laikyti kolektyvine korporacijos narių nuosavybe, tai ir korporacijos pareigą galima laikyti kolektyvine korporacijos narių pareiga. O tai reiškia, kad tą pareigą korporacijos nariams galima priskirti lygiai taip pat, kaip ir korporacijai, kaip juridiniam asmeniui. Bet aprašant šį faktų kompleksą nereikalingas nei pirmasis, nei antrasis priskyrimas.

Taip, kaip korporacijai priskiriamą pareigą reikia atlikti ne iš korporacijos organo turto, o iš turto, kuris yra interpretuojamas kaip korporacijos turtas, lygiai taip pat ir neatliekant pareigos nacionalinės teisinės tvarkos nustatyta sankcija, civilinis ieškinys, yra nukreipiamas ne į organo turtą, o į tą turtą, kuris yra priskiriamas korporacijai. Remdamiesi šiuo priskyrimu galime kalbėti apie tiesiai į korporaciją nukreiptą sankciją, vadinasi, ir apie korporacijos atsakomybę už tai, kad ji neatlieka pareigos, kurią pagal įstatus privalo atlikti individas, veikiantis kaip korporacijos organas.

Juridinio asmens atsakomybė

Jeigu atmetamas korporacijos galėjimas padaryti deliktą, tai dar nereiškia, kad atmetama ir korporacijos atsakomybės galimybė; tik čia yra atsakomybė ne už pačios korporacijos deliktą, t. y. už korporacijai priskiriamą deliktą, bet atsakomybė už kažkieno kito deliktą, būtent už individo, kurį įstatai įvardija kaip turintį atlikti pareigą, deliktą. Už deliktą atsako individas, prieš kurį yra nukreiptas prievartos aktas, kurio sąlyga tas deliktas yra. Jeigu sankcija yra priverstinis nuosavybės nusavinimas, tai individas, kuris turi teisę

[67] Tarptautinio Tribunolo įstatų (kurie yra vadinamojo Europos ašies valstybių Londono susitarimo dėl svarbiausių karo nusikaltėlių persekiojimo ir nubaudimo sudedamoji dalis) 9 straipsnyje skelbiama: „Teisdamas bet kurį atskirą bet kurios grupės arba organizacijos narį, Tribunolas gali paskelbti (ryšium su bet kuriuo aktu, už kurį individas gali būti nuteistas), kad grupė arba organizacija, kurios narys tas individas buvo, yra nusikalstama."

disponuoti turtu ir prieš kurį yra nukreiptas prievartos aktas, atsako savo *asmeniu*, o individas, kuris yra nuosavybę sudarančių teisių subjektas, atsako tuo turtu, į kurį nukreipiamas išieškojimas. Jeigu kalbėsime apie korporaciją, tai kompetenciją disponuoti turtu turi korporacijos organas. Jeigu kaip reakcija į pareigos, kurią nacionalinė teisinė tvarka nustato korporacijai, neatlikimą į šį turtą nukreipiamas civilinis išieškojimas, tai prievartos aktas yra nukreiptas į tą organą, kuris už pareigos neatlikimą atsako tik savo asmeniu; tačiau jeigu korporacija laikoma nuosavybės subjektu, tada galima sakyti, kad savo turtu atsako korporacija. Iš tikrųjų būtent korporacija laikoma šios nuosavybės subjektu, kaip kasdiene kalba vadinamos šią nuosavybę sudarančios teisės, kurios yra priskiriamos korporacijai. Tačiau, kaip matysime, šias teises taip pat galima interpretuoti kaip bendras arba kolektyvines korporacijos narių teises, t. y. jas galima priskirti nariams kaip kolektyvines teises. Bet kuriuo atveju tokia interpretacija yra realistiškesnė už tą, kuri konstruoja fiktyvų asmenį kaip tų teisių turėtoją. Tad galima sakyti, jog korporacijos nariai už pareigos, kurią nacionalinė teisinė tvarka nustato korporacijai, neatlikimą atsako savo kolektyvine nuosavybe. Kalbėdami apie civilinį išieškojimą kaip korporacijos atsakomybę už jos pareigos neatlikimą turime galvoje tokią situaciją: organas, turintis kompetenciją disponuoti turtu, į kurį turi būti nukreiptas civilinis išieškojimas, atsako savo asmeniu, o korporacija arba korporacijos nariai atsako turtu, kurį galima interpretuoti arba kaip korporacijos nuosavybę, arba kaip korporacijos narių kolektyvinę nuosavybę. Vadinasi, kalbėdami apie korporacijos atsakomybę, mes priskiriame korporacijai tai, jog ji patiria tą blogybę, kad yra priverstinai nusavinama nuosavybė, interpretuojama arba kaip korporacijos, arba kaip korporacijos narių kolektyvinė nuosavybė. Jeigu nacionalinės teisinės tvarkos nustatytos pareigos atlikimą įstatai padaro tam tikro organo pareigos turiniu, tai ši individuali organo atsakomybė papildo korporacijos atsakomybę.

Jeigu į korporaciją žvelgiama kaip į nuosavybės teisių subjektą, tai korporacijos atsakomybės už deliktus, kurie yra į nuosavybę nukreipto civilinio išieškojimo sąlyga, samprata nekelia problemų. Tačiau sunkumų iškyla, kai klausiama, ar korporacija gali atsakyti už deliktus, kurie yra *kitokių* sankcijų, kaip antai įkalinimo arba net mirties bausmės, sąlyga, ir jeigu tuos deliktus padaro viešų arba slaptų įstatų įgalinti individai. Skirti įkalinimą arba mirties bausmę korporacijai išties atrodo absurdiškas dalykas. Tačiau šis paradoksas išnyksta, jeigu atsižvelgiama į tai, kad visiškai nėra absurdiška sakyti, jog korporacijai skiriama bauda, nes tuo mes nepasakome nieko daugiau, o tik tai, kad į korporacijos turtą, kuris (interpretuojant realistiškai) yra kolektyvinė narių nuosavybė, yra nukreipiamas civilinis išieškojimas. Tad frazė „korporacija baudžiama už deliktą" reiškia tik tai, kad už deliktą kolektyviai atsako nariai. Nacionalinė teisinė tvarka gali nukrypti nuo individualios atsakomybės principo, kurio paprastai laikomasi baudžiamojoje teisėje. Ji gali nustatyti: „Jeigu individas, veikdamas kaip organizacijos narys arba organas, padaro nusikaltimą, tai ne tik šis individas, bet ir visi šios organizacijos nariai arba jos svarbiausi organai turi būti baudžiami įkalinimu arba mirties bausme." Tai reiškia, kad teisinė tvarka gali nustatyti kolektyvinę atsakomybę. Tada šią kolektyvinę narių atsakomybę laikyti organizacijai vykdoma bausme nėra labiau absurdiška nei į korporacijos turtą

nukreiptą civilinį išieškojimą interpretuoti kaip nukreiptą prieš korporaciją, o baudos atveju sakyti, jog baudžiamas yra juridinis asmuo. Bet jeigu baudžiamasis kodeksas nustatytų tokią kolektyvinę atsakomybę, kaip čia aprašytoji, tai atitinkamų individų nubaudimas įkalinimu arba mirties bausme veikiausiai nebūtų priskiriamas organizacijai – šiuokart pati kalba pasipriešintų tokiai mintinei priskyrimo operacijai ir nerastų jai išraiškos[68].

Juridinio asmens teisės

Jeigu korporacijai yra priskiriama teisė techninė prasme, t. y. teisinė galia dėl pareigos neatlikimo pareikšti ieškinį, tai šia galia turi naudotis įstatuose nurodytas organas. Šios teisės subjektas – organas. Šios galios priskyrimas korporacijai reiškia, kad naudojimąsi šia galia apibrėžia įstatai. Jeigu tai yra pareiga kažką atlikti, tai šis dalykas turi būti atliekamas tam individui, kuris pagal įstatus turi į tai teisę; jeigu tai yra pareiga kažką toleruoti, kaip antai nuosavybės atveju yra pareiga toleruoti kito disponavimą tam tikru objektu, tai pagal įstatus teisę disponuoti turi būtent tas korporacijos organas, kurio atžvilgiu yra nustatyta toleravimo pareiga. Bet įstatai gali nustatyti, kad nariai turi teisę naudoti tą objektą, – tokiu atveju šį naudojimą reikia reguliuoti. Šiuo atveju minėtą reguliavimą reikia toleruoti kaip disponavimą objektu. Kai kalbame apie pareigą korporacijai arba apie refleksinę korporacijos teisę, tokiu priskyrimu mes išreiškiame tai, kad įstatai apibrėžia individus, kurių atžvilgiu yra nustatyta pareiga kažką atlikti arba toleruoti. Tokiu priskyrimu, kaip ir teisinės galios priskyrimu korporacijai, daroma nuoroda į šiuo būdu personifikuojamą dalinę teisinę tvarką, kuri konstituoja korporaciją.

Teisine galia turi būti naudojamasi korporacijos narių interesais, o refleksines teises konstituojančių pareigų atlikimas galiausiai turi duoti naudos nariams, todėl galime kalbėti apie šių narių „kolektyvines teises". Tada nuosavybę, kurią sudaro minėtos teisės, galime apibūdinti kaip korporacijos nuosavybę arba (tai yra tas pats) kaip jos narių kolektyvinę nuosavybę, o į šią nuosavybę nukreiptą civilinį išieškojimą (t. y. korporacijos atsakomybę) – kaip kolektyvinę narių atsakomybę.

Todėl pareigos ir teisės, kurias tradicinė jurisprudencija priskiria korporacijai kaip juridiniam asmeniui, kaip ir visos pareigos bei teisės, yra žmonių pareigos ir teisės tuo atžvilgiu, kad jų turinys yra konkrečių žmonių elgesys. Prielaida, kad šias pareigas ir teises reikia priskirti korporacijai kaip jų turėtojui, nėra teisinga, nes jų negalima laikyti žmonių, t. y. korporacijos narių, pareigomis ir teisėmis; juk jas, kaip jau parodėme, galima priskirti nariams kaip kolektyvines pareigas ir teises. Vis dėlto yra tam tikras skirtumas tarp šių pareigų bei teisių ir tų, kurios pagal tradicinę teoriją nėra priskiriamos korporacijai. Pastarosios, kitaip nei pirmosios, nėra kolektyvinės narių pareigos bei teisės – jos yra *individualios* pareigos bei teisės ir skiriasi nuo kolektyvinių, o atsakomybė už pareigų neatlikimą, kurią tradicinė teorija priskiria korporacijai, yra *kolektyvinė* narių

[68] Tačiau pažymėtina, kad tarptautinių santykių srityje visai įprasta sakyti, jog viena valstybė kariauja prieš kitą valstybę, nors prievartos aktai, iš kurių susideda karas, kaip antai žudymas, luošinimas, paėmimas į nelaisvę, yra nukreipti tik prieš individus kaip tam tikros valstybės narius; tad šių blogybių patirtis yra priskiriama valstybei kaip juridiniam asmeniui, kaip korporacijai. Plg. § 42b ir d.

atsakomybė. Jie atsako savo kolektyviniu turtu. Gali būti, nors tai ir nėra būtina, kad už korporacijai priskiriamų pareigų neatlikimą bus nustatyta *tik* tokia kolektyvinė narių atsakomybė. Kaip jau minėta, šią kolektyvinę atsakomybę gali papildyti organo, kurį įstatai įpareigoja atlikti korporacijai nacionalinės teisinės tvarkos nustatytas pareigas, individuali atsakomybė; korporacijos atsakomybė gali neapsiriboti kolektyvine narių nuosavybe. Jeigu žalai, atsiradusiai dėl korporacijai priskiriamų pareigų neatlikimo, atlyginti nepakanka korporacijos turto (kolektyvinės narių nuosavybės), gali būti numatoma individuali narių atsakomybė (t. y. jie atsakys savo individualiu turtu). Toks yra skirtumas tarp ribotos ir neribotos atsakomybės korporacijų.

Pareigų, kurias turi atlikti korporacijos organas, bei teisių, kurias ieškiniu turi ginti korporacijos organas, priskyrimas priklauso tam pačiam tipui, kaip ir pareigų, kurias turi atlikti atstovas pagal įstatymą, bei teisių, kurias ieškiniu turi ginti atstovas pagal įstatymą, priskyrimas neveiksniam individui. Skirtumas čia tik tas, kad pirmuoju atveju pareigos ir teisės priskiriamos korporacijai, suvokiamai kaip juridinis asmuo, o antruoju – žmogui. Korporacijos organas „atstovauja" korporacijai kaip juridiniam asmeniui. Jeigu pripažįstama, kad minėtas pareigas bei teises galima priskirti nariams kaip kolektyvines pareigas bei teises, tada į korporacijos organą galima žvelgti kaip į įstatų įgalintą korporacijos narių atstovą. Įstatų sukūrimas yra teisinis sandoris, kuriuo tarp korporacijos organo ir narių nustatomas šis santykis. Plačiai diskutuojamas klausimas, kuo buvimas organu skiriasi nuo buvimo atstovu, – tai priskyrimo klausimas. Ir buvimas atstovu, ir buvimas organu yra priskyrimo rezultatas; individas yra atstovas, jeigu jo aktai yra priskiriami kitam individui, ir jis yra organas, jeigu jo aktai yra priskiriami korporacijai, kitaip tariant, yra susiję su normatyvinės tvarkos vienove, kurią šis priskyrimas personifikuoja.

f) Juridinis asmuo kaip pagalbinė teisės mokslo sąvoka

Atliktoji analizė rodo, kad ir juridinis asmuo, ir vadinamasis fizinis asmuo yra teisės mokslo konstruktai. Juridinis asmuo nėra nei socialinė realybė, nei, kaip kartais tariama, teisės kūrinys. Jeigu sakoma, kad teisinė tvarka „suteikia individui teisinį subjektiškumą", tai šis teiginys reiškia tik tai, kad teisinė tvarka individo elgesį padaro pareigų ir teisių objektu. Teisės mokslas šią pareigų ir teisių vienovę išreiškia „fizinio asmens" sąvoka, skirtinga nei žmogaus sąvoka. Aprašant teisę šią fizinio asmens sąvoką galima vartoti kaip pagalbinę, bet tai nebūtina, nes teisinės tvarkos sukurtą situaciją galima aprašyti ir nevartojant šios sąvokos. Jeigu sakoma, kad teisinė tvarka suteikia juridinį subjektiškumą korporacijai, tai šis teiginys reiškia, (1) kad teisinė tvarka nustato pareigas ir teises, kurių objektas yra žmonių elgesys, o šie yra įstatų konstituojamos korporacijos organai arba nariai, ir (2) kad šį sudėtingą faktų kompleksą galima parankiai (nes palyginti paprastai) aprašyti personifikuojant korporaciją konstituojančius įstatus. Bet ši personifikacija bei jos rezultatas – pagalbinė juridinio asmens sąvoka – yra teisę aprašančio teisės mokslo, o ne pačios teisės produktas. Šios tiesos nepaneigia net tai, kad šią sąvoką, kaip ir kitas teisės mokslo sukurtas sąvokas, gali vartoti įstatymų leidėjas. Jau sakėme, kad

bet kurią individų elgesį reguliuojančią normatyvinę tvarką galima personifikuoti, bet kokį jos reguliuojamą elgesį ir bet kurias šiuo elgesiu atliekamas pareigas arba ginamas teises galima susieti su šios tvarkos vienove – jas galima priskirti šiuo būdu sukonstruotam juridiniam asmeniui. Jeigu skiriame, kaip tai kartais daroma, asociacijas, turinčias juridinį subjektiškumą, nuo tų, kurios jo neturi, tai dėl to, kad čia vartojama siauresnė juridinio asmens sąvoka, tokia, kuri vartojama apie juridinį asmenį kalbant tik tuo atveju, kai teisinėje tvarkoje esama specialių nuostatų, pavyzdžiui, kad nariai atsako tik (arba pirmiausia) savo kolektyviniu turtu. Tačiau ši siauresnė juridinio asmens sąvoka taip pat yra teisės mokslo konstruktas, pagalbinė sąvoka, kurią, aprašant teisę, galima, bet nebūtina, vartoti. Teisė sukuria pareigas ir teises, kurių turinys yra žmonių elgesys, – teisė nekuria asmenų. Kaip teisės funkcijos neturi būti priskiriamos teisės mokslui, taip ir teisės mokslo funkcijos neturi būti priskiriamos teisei.

g) Teisių ir pareigų dualizmo panaikinimas

Tradicinėje jurisprudencijoje teisės subjektas (fizinis arba juridinis asmuo) su „savo“ teisėmis ir pareigomis yra susijęs su teise subjektyviąja prasme. Pažymėtina, kad „teisės“ (*right*) sąvoka, kaip ją pateikia tradicinė (ypač vokiečių) jurisprudencija, t. y. kaip „teisė (*law*) subjektyviąja prasme“, tėra specifinis sąvokos, apimančios ir „pareigos“ sąvoką, atvejis. Teisė šia subjektyviąja prasme ir teisė objektyviąja prasme (t. y. teisinė tvarka kaip normų sistema) yra skiriamos kaip dvi skirtingos sritys. Grynoji Teisės Teorija panaikina šį dualizmą, „asmens“ sąvoką nuvainikuodama kaip tam tikro teisės normų komplekso personifikaciją, pareigą ir subjektinę teisę (technine prasme) redukuodama į teisės normą, tam tikrą elgesį susiejančią su sankcija ir šios sankcijos vykdymą padarančią priklausomu nuo ieškinio, kuriuo šio vykdymo siekiama, kitaip tariant, vadinamąją teisę subjektyviąja prasme redukuodama į teisę objektyviąja prasme. Šitaip Grynoji Teorija atsikrato subjektyvistinio požiūrio į teisę, kuriam tarnauja teisės subjektyviąja prasme sąvoka, t. y. tokio požiūrio, kai į teisę žvelgiama tik paisant kurios nors šalies interesų, – vadinasi, kai žiūrima, ką teisė reiškia individui, ar ji tarnauja jo interesams, ar grasina jam blogybėmis. Tai požiūris, būdingas romėnų jurisprudencijai, iš esmės suformuotas praktikuojančių teisininkų, kuris buvo perimtas kartu su romėnų teisės recepcija. Priešingai, Grynosios Teorijos požiūris yra objektyvistinis ir universalistinis. Jis orientuotas į objektyviai galiojančią teisę kaip visumą, ir kiekvieną atskirą reiškinį siekia suvokti sistemiškai visų kitų reiškinių kontekste – kiekvieną teisės elementą siekia suvokti kaip visuminės teisės funkciją. Šiuo atžvilgiu Grynoji Teorija yra išties organiška teisės teorija. Bet tai, kad Grynoji Teorija suvokia teisę kaip „organizmą“, reiškia ne tai, kad ji ją suvokia kaip kažkokią supraempirinę metafizinę esybę (už tokios sampratos paprastai slypi tam tikri etiniai-politiniai postulatai), o tik štai ką: teisė yra tvarka, todėl visos teisinės problemos turi būti keliamos ir sprendžiamos kaip tvarkos problemos. Šitaip teisės teorija tampa griežta struktūrine pozityviosios teisės analize, laisva nuo visų etinių-politinių vertybinių sprendimų.

V. DINAMINIS TEISĖS ASPEKTAS

34. NORMATYVINĖS TVARKOS GALIOJIMO PAGRINDAS: PAMATINĖ NORMA

a) Galiojimo pagrindo paieškos prasmė

Jeigu teisė, kaip normatyvinė tvarka, suvokiama kaip žmonių elgesį reguliuojančių normų sistema, kyla klausimas: kas vienija šių normų įvairovę, kitaip tariant, kodėl tam tikra norma priklauso tai tvarkai? Šis klausimas yra glaudžiai susijęs su kitu: kodėl norma galioja, kuo grindžiamas jos galiojimas?

Žmonių elgesį nurodančios normos „galiojimas" reiškia, kad ji saisto, t. y. kad individas privalo elgtis taip, kaip apibrėžia norma. Ankstesniame kontekste jau buvo pažymėta, kad klausimo, kodėl norma galioja arba kodėl individas privalo elgtis tam tikru būdu, negalima išspręsti nustatant kokį nors faktą, t. y. teigiant, jog kažkas *yra*; normos galiojimo pagrindas nėra joks faktas. Iš tos aplinkybės, kad kažkas *yra*, negali išplaukti, kad kažkas *privalo* būti, o tai, kad kažkas *privalo* būti, negali būti to, kad kažkas *yra*, pagrindas. Vienos normos galiojimo pagrindas gali būti tik kitos normos galiojimas. Norma, teikianti pagrindą kitos normos galiojimui, vaizdžiai apibūdinama kaip aukštesnė norma, taip nurodant jos santykį su žemesne norma. Atrodo, jog normos galiojimas grindžiamas ta aplinkybe, kad ją nustatė tam tikras autoritetas – žmogiškasis arba dieviškasis; pavyzdžiui, teigiama: „Dešimties Dievo įsakymų galiojimas grindžiamas tuo, kad juos nuo Sinajaus kalno paskelbė Dievas Jahvė", arba: „Žmonės privalo mylėti savo priešus, nes Kalno pamoksle taip liepė Jėzus, Dievo sūnus". Tačiau abiem atvejais galiojimo pagrindas yra ne tai, kad Dievas arba jo sūnus tam tikru metu tam tikroje vietoje išleido tam tikrą normą, bet implicitiškai preziumuojama norma, kad privalu paklusti Dievo arba Dievo sūnaus įsakymams. Tiesa, silogizme, kurio didžioji premisa yra aukštesnės normos galiojimą teigiantis *privalomybės* teiginys „Privalu paklusti Dievo įsakymams" ir kurio išvada yra žemesnės normos galiojimą teigiantis privalomybės teiginys „Privalu paklusti Dešimčiai Dievo įsakymų", teiginys, kad Dievas paskelbė Dešimt Dievo įsakymų, t. y. „esamybės teiginys", kaip mažoji premisa, yra esminė grandis. Bet tik didžioji premisa, t. y. *privalomybės* teiginys, yra *conditio per quam* darant išvadą, kuri taip pat yra *privalomybės* teiginys; kitaip tariant, norma, kurios galiojimą teigia didžioji premisa, yra normos, kurios galiojimą teigia išvada, pagrindas. *Esamybės* teiginys, vykdantis mažosios premisos funkciją, yra tik *conditio sine qua non* darant išvadą; o tai reiškia, kad faktas, kurio buvimą teigia mažoji premisa, nėra normos, kurios galiojimą teigia išvada, galiojimo pagrindas.

Norma, kurios galiojimą teigia didžioji prielaida („Privalu paklusti Dievo įsakymams"), glūdi hipotezėje, kad normų, kurių galiojimo pagrindo ieškoma, šaltinis yra tam tikras autoritetas, t. y. kažkas, kas turi kompetenciją kurti normas; ši norma suteikia normas kuriančiam asmeniui autoritetingą valdžią kurti normas. Vien faktas, kad kažkas kažką įsako, nėra joks pagrindas tokį įsakymą laikyti „galiojančia" norma, susaistančia individą, kuriam ji adresuojama. Kurti galiojančias normas gali tik kompetentingas autoritetas, o šią kompetenciją galima grįsti tik norma, įgalinančia leisti normas. Autoritetas, įgalintas leisti normas, yra pavaldus tai normai lygiai taip pat, kaip individai yra pavaldūs to autoriteto išleidžiamoms normoms.

Normą, kuri teikia pagrindą kitos normos galiojimui, vadiname (kaip jau sakėme) „aukštesne" norma. Bet normos galiojimo pagrindo paieškos negali būti tokios pat begalinės, kaip padarinio priežasties paieškos. Jos turi baigtis norma, kuri yra preziumuojama kaip paskutinė ir aukščiausioji. Ji turi būti *preziumuojama*, nes negali būti „nustatyta", t. y. sukurta autoriteto, kurio kompetencija tokiu atveju turėtų būti grindžiama dar aukštesne norma. Šios galutinės normos galiojimo negalima kildinti iš aukštesnės normos, jos galiojimo pagrindo negalima kvestionuoti. Tokia preziumuojama aukščiausia norma šioje knygoje vadinama pamatine norma[69]. Visos normos, kurių galiojimą galima kildinti iš tos pačios pamatinės normos, sudaro normų sistemą, normatyvinę tvarką. Pamatinė norma yra bendrasis visų tai pačiai tvarkai priklausančių normų galiojimo šaltinis, bendras jų galiojimo pagrindas. Faktas, jog tam tikra norma priklauso tam tikrai tvarkai, yra grindžiama tuo, kad galutinis jos galiojimo pagrindas yra šios tvarkos pamatinė norma. Būtent pamatinė norma, teikdama visų šiai tvarkai priklausančių normų galiojimo pagrindą, suvienija normų įvairovę.

b) Statinis principas ir dinaminis principas

Pagal galiojimo pagrindo prigimtį galima skirti du normų sistemų tipus: statinį ir dinaminį. Pirmojo tipo tvarkos normų galiojimą lemia jų turinys: jų galiojimą galima kildinti iš normos, kurios turinys apima kalbamosios normos turinį kaip bendrybė atskirybę. Pavyzdžiui, normų „nemeluok", „neliudyk netiesos", „tesėk pažadą" galiojimą galima išvesti iš normos, reikalaujančios būti teisingam. Iš normos, pagal kurią reikia mylėti savo artimą, galima išvesti normą nedaryti savo artimui žalos, nekenkti jam fiziškai arba morališkai, padėti jam nelaimėje ir (ypač) jo nežudyti. Galbūt teisingumo ir artimo meilės normas galima redukuoti į dar aukštesnę normą, pavyzdžiui, tokią, pagal kurią reikia darniai sugyventi su pasauliu. Tokios normos pagrindu galima konstruoti ištisą moralinę tvarką. Kadangi visos tokios sistemos normos jau glūdi preziumuojamos normos turinyje, jas galima iš jos dedukuoti loginės operacijos – atskirybių išvedimo iš bendrybės – būdu. Norma, preziumuojama kaip pamatinė, teikia ir iš jos dedukuojamų normų galiojimo pagrindą, ir jų turinį. Normų sistema, kurios galiojimo pagrindas ir turinys dedu-

[69] Plg. p. 48.

kuojamas iš normos, preziumuojamos kaip pamatinė norma, yra *statinė normų sistema*. Principas, kuriuo grindžiamas tokios sistemos normų galiojimas, yra statinis principas.

Tačiau normą, iš kurios tokiu būdu yra dedukuojamos kitos normos, galima laikyti pamatine norma tik tuo atveju, kai jos turinys yra laikomas savaime akivaizdžiu. Pavyzdžiui, moralės sistemos normų galiojimo pagrindas ir turinys dažnai kildinamas iš normos, kuri traktuojama kaip savaime akivaizdi. Normos „savaiminis akivaizdumas" reiškia, kad ji yra imanentinė protui, t. y. kyla iš proto. Savaime akivaizdžios normos idėja remiasi praktinio proto (t. y. normas kuriančio proto) idėja; tačiau, kaip parodysime, ši idėja neįtikina, nes proto funkcija yra žinojimas, o ne valios pareiškimas, tuo tarpu normų kūrimas yra valios aktas. Todėl negali būti tokio dalyko kaip normos, kurios galioja tik dėl to, kad jų turinys yra savaime akivaizdus. Jeigu manoma, kad tam tikro žmonių elgesio reikalaujanti norma yra savaime akivaizdi, tai dėl to, kad tikima, jog ji buvo sukurta Dievo arba kitokio antžmogiško autoriteto valia, arba dėl to, kad ji buvo sukurta papročiu ir, kaip ir visa, kas yra papročiai, yra laikoma akivaizdžiu dalyku. Vadinasi, ji yra norma, sukurta valios aktu. Analizuojant jos galiojimas pagaliau gali remtis tik preziumuojama norma, nustatančia, kad privalu elgtis pagal tai, ką įsako normas kuriantis autoritetas, arba pagal papročiu sukurtas normas. Ši norma ja grindžiamoms normoms gali teikti tik galiojimo pagrindą, bet ne turinį. Tokios normos sudaro dinaminę sistemą. Principas, kuriuo grindžiamas tokios sistemos normų galiojimas, yra dinaminis principas.

Dinaminį tipą apibūdina štai kas: preziumuojamoje pamatinėje normoje nėra nieko, išskyrus normos kūrimo fakto apibrėžimą, normas kuriančio autoriteto įgalinimą, kitaip tariant (tai yra tas pats), ji yra taisyklė, kuri nustato, kaip privalu kurti pamatine norma grindžiamas tos tvarkos bendrąsias ir individualiąsias normas. Pavyzdžiui, tėvas liepia savo vaikui eiti į mokyklą. Vaikas klausia: „Kodėl?" Atsakymas gali būti toks: „Todėl, kad tėvas taip liepė, o vaikas privalo paklusti tėvui". Jeigu vaikas toliau klausia: „Kodėl privalau paklusti tėvui?", atsakymas gali būti toks: „Todėl, kad Dievas įsakė: „Paklusk savo tėvams", o Dievo įsakymams privalu paklusti". Jeigu vaikas dar klausia, kodėl privalu paklusti Dievo įsakymams, t. y. jeigu vaikas kvestionuoja šios normos galiojimą, tuomet galima atsakyti, kad šito negalima klausti, kad šios normos negalima kvestionuoti, t. y. kad nereikia ieškoti šios normos galiojimo pagrindo, nes ji turi būti preziumuojama. Normos, nuo kurios visa tai prasidėjo (vaikas privalo eiti į mokyklą), turinio negalima išvesti iš pamatinės normos. Juk pamatinė norma apsiriboja normas kuriančio autoriteto įgalinimu, ji yra taisyklė, pagal kurią privalu kurti šios sistemos normas. Normos, nuo kurios prasidėjo šis klausinėjimas, galiojimas nėra išvedamas iš pamatinės normos turinio; jos negalima dedukuoti iš pamatinės normos loginės operacijos būdu. Ją savo aktu turi sukurti tėvas, o galioja ji (jeigu šį dalyką formuluojame tradiciškai) todėl, kad buvo taip sukurta, arba (formuluojant tiksliau) todėl, kad preziumuojama pamatinė norma, įgalinanti tokį normų kūrimo būdą. Tam tikra norma priklauso pamatine norma grindžiamai tvarkai ne dėl savo turinio, o dėl to, kad ji buvo sukurta pamatinės normos nustatytu būdu. Pamatinė norma teikia tik galiojimo pagrindą, bet ji neteikia tuo pat metu sistemą sudarančių normų turinio. Jų turinį gali apibrėžti tik aktai, kuriais pamatinės

normos įgalintas autoritetas ir savo ruožtu šio autoriteto įgalinti kiti autoritetai kuria pozityviąsias tos sistemos normas. Imkime kitą pavyzdį: tam tikroje socialinėje bendruomenėje, gentyje, esama papročio, kad vyras, vesdamas merginą, sumoka tam tikrą sumą jos tėvui arba dėdei. Jeigu jaunikis klausia, kodėl jis privalo tai daryti, jam atsakoma: todėl, kad šioje bendruomenėje už tai visada buvo mokama, t. y. todėl, kad esama papročio už tai mokėti, ir todėl, kad savaime akivaizdžiu dalyku laikoma tai, jog atskiras genties narys privalo elgtis taip, kaip paprastai elgiasi visi kiti jos nariai. Tai yra pamatinė tą bendruomenę konstituojančios normatyvinės tvarkos norma. Ji paprotį nustato kaip normų kūrimo faktą. Šie du pavyzdžiai iliustruoja dinaminį normų sistemos tipą.

Statinį principą galima derinti su dinaminiu toje pačioje sistemoje, jeigu pagal dinaminį principą preziumuojama pamatinė norma įgalina normas kuriantį autoritetą ir jeigu šis autoritetas (arba tas, kurį jis savo ruožtu įgalina) nustato ne tik normas, pagal kurias deleguojama valdžia kitiems normas kuriantiems autoritetams, bet ir normas, kurios iš teisės subjektų reikalauja tam tikro elgesio ir iš kurių, kaip atskirybę iš bendrybės, galima dedukuoti kitas normas. Dešimt Dievo įsakymų ne tik įtvirtina tėvus kaip normas kuriantį autoritetą, bet ir nustato bendrąsias normas, iš kurių turinio be papildomo normos kūrimo akto galima dedukuoti specialiąsias normas, pavyzdžiui: „Nedarysite sau sidabrinių dievų ir auksinių dievų sau nedirbsite“ ir t. t. Daugybę specialiųjų moralės normų galima dedukuoti iš įsakymo mylėti savo priešus. Grindžiant iš Dievo arba Kristaus įsakymų dedukuojamų normų galiojimą yra taikomas statinis principas; grindžiant Dievo įsakymų galiojimą pamatine norma „Privalu paklusti Dievo įsakymams“ arba grindžiant Kristaus įsakymų galiojimą pamatine norma „Privalu paklusti Kristaus įsakymams“ yra taikomas dinaminis principas.

c) Teisinės tvarkos galiojimo pagrindas

Normų sistema, kaip teisinė tvarka, iš esmės yra dinaminė. Teisės norma galioja ne dėl savo turinio, t. y. ne dėl to, kad jos turinys yra logiškai dedukuojamas iš preziumuojamos pamatinės normos, o dėl to, kad ji buvo sukurta specifiniu būdu – tuo būdu, kurį galiausiai nustato preziumuojama pamatinė norma. Jau vien dėl šios priežasties teisės norma priklauso tai teisinei tvarkai, kurios normos yra sukurtos pagal šią pamatinę normą. Todėl teisė gali būti bet kokio turinio. Nėra tokio žmonių elgesio, kuris savaime negalėtų būti teisės normos turiniu. Teisės normos galiojimo negalima paneigti dėl to, kad ji (savo turiniu) konkuruoja su tai teisinei tvarkai, kurios pamatinė norma yra kalbamosios normos galiojimo pagrindas, nepriklausančios kitos normos turiniu. Pamatinė teisinės tvarkos norma nėra materialioji norma, kuri dėl to, kad jos turinys laikomas tiesiogiai akivaizdžiu, yra preziumuojama kaip aukščiausioji norma ir iš kurios yra logiškai dedukuojamos kitos žmonių elgesio normos. Teisinės tvarkos normų kūrimas turi būti ypatingas procesas. Jos yra nustatytos (t. y. pozityviosios) normos, pozityviosios tvarkos elementai. Jeigu teisinės bendruomenės konstitucija suprantama kaip norma arba normos, kurios apibrėžia, kokiu būdu (kokių organų ir pagal kokią procedūrą – įstatymų leidybos ar papro-

čio) turi būti kuriamos tą bendruomenę konstituojančios teisinės tvarkos bendrosios normos, tai pamatinė norma yra ta norma, kuri preziumuojama tada, kai paprotys, kuriuo sukuriama konstitucija, arba tam tikrų žmonių sąmoningai atliktas konstitucijos kūrimo aktas yra objektyviai interpretuojamas kaip normos sukūrimo faktas ir kai (pastaruoju atveju) į konstituciją, kuria remiasi teisinė tvarka, sukūrusį individą arba individų susirinkimą, yra žvelgiama kaip į normas kuriantį autoritetą. Šiuo atžvilgiu pamatinė norma apibrėžia pamatinį teisėkūros faktą ir ją šiuo požiūriu galima apibūdinti kaip konstituciją logine šio žodžio prasme (kuri bus paaiškinta vėliau), priešpriešinant konstitucijai pozityviosios teisės prasme. Pamatinė norma – tai preziumuojamas šio proceso, t. y. pozityviosios teisės kūrimo proceso, išeities taškas. Ji pati nėra papročiu arba teisinio organo sukurta norma; tiek, kiek į konstituciją kuriantį autoritetą yra žvelgiama kaip į aukščiausiąjį autoritetą, – vadinasi, į tokį, kurio negalima laikyti įgaliotu dar aukštesnio autoriteto, – tiek ir pamatinė norma yra ne pozityvioji, bet preziumuojama.

Jeigu keliamas tam tikros teisės normos galiojimo klausimas, tai atsakymas į jį glūdi redukcijoje į pamatinę atitinkamos teisinės tvarkos normą, t. y. į tvirtinimą, kad toji norma (galiausiai) buvo sukurta pagal pamatinę normą. Dabar norėtume nagrinėti tik nacionalinę teisinę tvarką, t. y. tokią tvarką, kurios galiojimas apsiriboja tam tikra erdve, vadinamąja valstybės teritorija, ir kuri yra laikoma suverenia, t. y. nesubordinuota jokiai aukštesnei teisinei tvarkai. Nacionalinės teisinės tvarkos normų galiojimo problemą aptarsime kol kas neliesdami už ją viršesnės arba į ją įtraukiamos tarptautinės teisinės tvarkos.

Tam tikrai nacionalinei teisinei tvarkai priklausančios teisės normos galiojimo klausimas gali kilti vykdant prievartos aktą: pavyzdžiui, vienas individas pakaria kitą, taigi atima jam gyvybę, ir tada klausiama, kodėl šis aktas yra teisėtas aktas, būtent – bausmės įvykdymas, o ne nužudymas. Kaip teisėtą aktą, t. y. kaip tokį, kurį atlikti buvo „privalu“, jį galima interpretuoti tik tuo atveju, kai jį yra padiktavusi individualioji norma, t. y. tokia norma, kuri pateikiama kaip teismo sprendimas. Tada kyla tokie klausimai: kokiomis sąlygomis šitokia interpretacija yra galima, kodėl šiuo atveju buvo priimtas teismo sprendimas, kodėl jo sukurta norma priklauso galiojančiai teisinei tvarkai, vadinasi, yra tokia norma, kurią privalu taikyti? Atsakymas yra toks: todėl, kad ši individualioji norma buvo sukurta taikant baudžiamąjį įstatymą, kuriame esama bendrosios normos, pagal kurią (esant toms sąlygoms, kurios yra šioje byloje) yra privalu vykdyti mirties bausmę. Jeigu klausiame, koks yra šio baudžiamojo įstatymo galiojimo pagrindas, atsakymas bus toks: baudžiamasis įstatymas galioja, nes jį sukūrė legislatūra, o legislatūrą savo ruožtu kurti bendrąsias normas įgalino konstitucija. O jeigu klausiame, kuo yra grindžiamas konstitucijos galiojimas, t. y. koks yra bendrųjų normų kūrimą reguliuojančios normos galiojimo pagrindas, tai galbūt atrasime senesnę konstituciją; tai reiškia, jog esamos konstitucijos galiojimą pateisina tas faktas, kad ji buvo sukurta pagal ankstesnės konstitucijos normas padarius konstitucinę pataisą. Eidami šiuo keliu eventualiai pasiekiame istoriškai pirmąją konstituciją, kuri jau negalėjo būti sukurta šiuo būdu, tad jos galiojimo negalima kildinti iš teisinio autoriteto sukurtos pozityviosios normos; čia mes pasiekiame konstituciją, sukurtą revoliuciniu būdu, t. y. arba pažeidus ankstesniąją konstituciją, arba sukūrus kons-

tituciją teritorijai, kuri anksčiau nebuvo konstitucijos bei jos pagrindu grindžiamos nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo sritimi. Jeigu svarstome ne tarptautinę teisę, o tik nacionalinę teisinę tvarką, ir klausiame, koks yra istoriškai pirmosios konstitucijos galiojimo pagrindas, tai (palikus nuošaly Dievą arba „prigimtį") atsakymas gali būti tik toks: kad galėtume (1) pagal šią konstituciją atliekamus aktus interpretuoti kaip bendrųjų teisės normų kūrimą arba taikymą ir (2) šių bendrųjų normų taikymo aktus interpretuoti kaip galiojančių individualiųjų teisės normų kūrimą arba taikymą, šios konstitucijos galiojimas (t. y. prielaida, kad ji yra saistanti norma) turi būti *preziumuojamas*. Kadangi normos galiojimo pagrindas gali būti tik kita norma, toji prezumpcija turi būti norma, tačiau ne nustatyta (t. y. sukurta) teisinio autoriteto, bet preziumuojama norma, t. y. norma, kuri yra preziumuojama, jeigu konstitucijos kūrimo aktų subjektyvioji prasmė ir pagal konstituciją atliekamų normų kūrimo aktų subjektyvioji prasmė yra interpretuojamos kaip jų objektyviosios prasmės. Kadangi ji yra teisinės tvarkos (t. y. tvarkos, numatančios prievartos aktus) pamatinė norma, tai šią normą (teisinės tvarkos pamatinę normą) reikia formuluoti šitaip: prievartos aktus reikia atlikti tomis sąlygomis ir taip, kaip tai nustato istoriškai pirmoji konstitucija ir pagal ją sukurtos normos. (Glaustai: privalu elgtis taip, kaip nustato konstitucija.) Teisinės tvarkos normos, kurių bendrasis galiojimo pagrindas yra ši pamatinė norma, nėra koordinacijos ryšiais susijusių normų kompleksas, bet sudaro hierarchinę viršesnių ir subordinuotų normų struktūrą. Šią teisės normų struktūrą aptarsime vėliau.

d) Pamatinė norma kaip transcendentalinė-loginė prezumpcija

Norint suprasti šios pamatinės normos prigimtį reikia turėti galvoje, kad joje yra daroma tiesioginė nuoroda į tam tikrą daugiau ar mažiau efektyvią konstituciją, faktiškai sukurtą arba papročiu, arba išleidus įstatymą, o netiesiogiai – į pagal šią konstituciją sukurtą bei daugiau ar mažiau efektyvią prievartinę tvarką; taigi pamatinė norma teikia šios konstitucijos ir pagal ją sukurtos prievartinės tvarkos galiojimo pagrindą[70]. Tad pamatinė norma nėra laisvos kūrybos produktas. Ji nėra savavališkai preziumuojama tuo atžvilgiu, kad tada, kai konstitucijos kūrimo akto bei pagal šią konstituciją atliekamų kitų kūrimo aktų subjektyvioji prasmė yra interpretuojama kaip jų objektyvioji prasmė, galima rinktis iš skirtingų pamatinių normų. Tik tuo atveju, kai ši pamatinė norma, kurioje daroma nuoroda į tam tikrą konstituciją, yra išties preziumuojama, t. y. tik tuo atveju, kai išties preziumuojama, kad privalu elgtis pagal šią konkrečią konstituciją, tik tada subjektyvią konstitucijos kūrimo akto ir jos pagal ją atliekamų aktų prasmę galima interpretuoti kaip jų objektyviąją prasmę, t. y. kaip objektyviai galiojančias teisės normas, o tų normų nustatomus santykius – kaip teisinius santykius.

Preziumuojant į tam tikrą konstituciją nuorodą darančią pamatinę normą, šios konstitucijos bei pagal ją sukurtos teisinės tvarkos turinys yra nerelevantiškas: ši tvarka gali būti teisinga arba neteisinga, ji gali garantuoti santykinę taiką jos konstituojamoje ben-

[70] Specifinis pamatinės normos atvejis aptariamas toliau; plg. p. 194 ir toliau. Čia jis nenagrinėjamas.

druomenėje arba jos negarantuoti. Pamatinės normos prezumpcija neįsileidžia jokių pozityviąją teisę transcenduojančių vertybių.

Tiek, kiek subjektyviąją konstitucijos kūrimo akto (bei pagal konstituciją atliekamų aktų) prasmę interpretuoti kaip jų objektyviąją prasmę (t. y. kaip objektyviai galiojančias teisės normas) galima tik preziumuojant pamatinę normą, tiek ir šią pamatinę normą, kaip ją pateikia teisės mokslas, galima apibūdinti kaip (jeigu leistina kaip analogija pasinaudoti šia Kanto epistemologijos sąvoka) transcendentalinę-loginę tokio interpretavimo sąlygą. Kantas klausia: „Kaip gamtos mokslo formuluojamuose dėsniuose galima be metafizinės hipotezės interpretuoti juslinio suvokimo faktus?“ Lygiai taip pat ir Grynoji Teisės Teorija klausia: „Kaip galima, nesikreipiant į metateisinius autoritetus, tokius kaip Dievas arba gamta, tam tikrų aktų subjektyviąją prasmę interpretuoti kaip tokią objektyviai galiojančių normų sistemą, kurią gali aprašyti teisės taisyklės?“ Epistemologinis Grynosios Teisės Teorijos atsakymas yra toks: „Preziumuojant pamatinę normą, jog privalu elgtis taip, kaip nustato konstitucija, t. y. privalu elgtis pagal subjektyviąją konstitucijos kūrimo valios akto prasmę – pagal konstituciją sukūrusio autoriteto nurodymus.“ Šios pamatinės normos funkcija – pagrįsti objektyvų pozityviosios teisinės tvarkos galiojimą, t. y. žmonių veiksmų, kuriais yra sukuriamos efektyvios prievartinės tvarkos normos, *subjektyviąją* prasmę interpretuoti kaip jų *objektyviąją* prasmę. Pozityviosios normos, t. y. tokios, kuri buvo sukurta valios aktu ir reikalauja tam tikro elgesio, galiojimo pagrindimas yra silogizmo procedūros rezultatas. Šiame silogizme didžioji premisa yra teiginys, kad norma, pagal kurią privalu paklusti tam tikro asmens įsakymams (t. y. privalu elgtis pagal šių įsakymų subjektyviąją prasmę), yra laikoma objektyviai galiojančia, mažoji premisa yra fakto, kad šis asmuo įsakė elgtis tam tikru būdu, konstatavimas, o išvada yra teiginys, kad norma, jog privalu elgtis šiuo konkrečiu būdu, galioja. Taigi norma, kurios galiojimą teigia didžioji premisa, įsakymo, kurio buvimą teigia mažoji premisa, subjektyviąją prasmę legitimuoja kaip šio įsakymo objektyviąją prasmę. Pavyzdžiui: privalu paklusti Dievo įsakymams. Dievas įsakė paklusti tėvų įsakymams. Vadinasi, tėvų įsakymams privalu paklusti. Taip akto, kuriuo tėvas įsako savo sūnui elgtis tam tikru būdu, subjektyvioji prasmė legitimuojama kaip jo objektyvioji prasmė, t. y. kaip saistanti norma.

Norma, kurios galiojimas teigiamas didžiojoje premisoje, yra pamatinė, jeigu jos objektyvus galiojimas nėra kvestionuojamas. Jis nėra kvestionuojamas, jeigu šios normos galiojimo negalima pagrįsti silogizmo procedūra. O jo negalima šitaip pagrįsti, jeigu faktas, kad ši norma buvo nustatyta tam tikro individo valios aktu, negali būti silogizmo mažąja premisa. Taip yra tuo atveju, kai asmuo, kurio įsakymams privalu paklusti pagal kvestionuojamąją normą, yra laikomas aukščiausiuoju autoritetu, pavyzdžiui, Dievu. Tada normą, reikalaujančią paklusti šio asmens įsakymams, reikia pakelti į silogizmo viršų kaip jo didžiąją premisą, ir turi būti neįmanoma pačią šią normą teigti kaip dar kito silogizmo išvadą. O tai reiškia, kad ši norma yra *preziumuojama* kaip pamatinė norma.

Todėl norma „Privalu paklusti Dievo įsakymams“ – tai pamatinė norma, kuria yra grindžiamas normos „Privalu paklusti savo tėvų įsakymams“ galiojimas. Teologinė etika, Dievą laikanti aukščiausiuoju normas kuriančiu autoritetu, negalėtų teigti, kad paklusti Dievo

įsakymams įsakė dar kas nors, nes tai turėtų būti už Dievą aukštesnis autoritetas. O jeigu būtų preziumuojama, kad normą „Privalu paklusti Dievo įsakymams“ nustatė Dievas, tai ji negalėtų būti Dievo sukurtų normų galiojimo pagrindu, nes ji pati būtų Dievo sukurta norma. O ir pati teologinė etika negali sukurti tokios normos (t. y. įsakyti paklusti Dievo įsakymams), nes, būdama pažinimo atmaina, ji negali būti normas kuriančiu autoritetu. Todėl norma „Privalu paklusti Dievo įsakymams“, kaip pamatinė norma, negali būti subjektyvioji kokio nors valios akto prasmė; ji gali būti tik mąstymo akto prasmė. O tai reiškia, kad teologinė etika gali tik teigti: „Tėvų įsakymai savo pobūdžiu yra objektyviai saistančios normos, jeigu savo mąstyme preziumuojame normą „Privalu paklusti Dievo įsakymams“ (o šis liepė paklusti tėvams)“[71].

Kadangi pozityvistinis teisės mokslas istoriškai pirmosios konstitucijos kūrėją laiko aukščiausiuoju teisiniu autoritetu ir todėl negali pripažinti, kad norma, reikalaujanti paklusti konstitucijos kūrėjo įsakymams, yra už konstitucijos kūrėją aukštesnio autoriteto (tokio, kaip Dievas arba gamta) valios akto subjektyvioji prasmė, vadinasi, teisės mokslas negali šios normos galiojimo pagrįsti silogizmo procedūra. Pozityvistinis teisės mokslas gali tik teigti, kad grindžiant teisės normų objektyvų galiojimą ši norma yra preziumuojama kaip pamatinė norma, vadinasi, ji yra preziumuojama ir efektyvią prievartinę tvarką interpretuojant kaip objektyviai galiojančių teisės normų sistemą. Kadangi ši pamatinė norma negali būti valios akto prasmė ir kadangi ši norma (tiksliau, jos teigimas) yra būtina grindžiant objektyvų pozityviųjų teisės normų galiojimą, ji gali būti tik mąstymo akto prasmė; teisės mokslas gali teigti tik tai (ir ne daugiau), kad subjektyviąją aktų, kuriais kuriamos teisės normos, prasmę galima interpretuoti kaip jų objektyviąją prasmę tik tuo atveju, kai savo teisiniame mąstyme preziumuojame normą „Privalu paklusti istoriškai pirmosios konstitucijos reikalavimams“.

Teisės mokslas nenurodo, kad privalu paklusti konstitucijos kūrėjo įsakymams. Teisės mokslas ir toliau yra tik pažintinė disciplina, net formuluodamas savąjį epistemologinį teiginį, kad pamatinė norma yra toji sąlyga, kuriai esant konstitucijos kūrimo akto subjektyviąją prasmę bei pagal konstituciją atliekamų aktų subjektyviąją prasmę galima interpretuoti kaip jų objektyviąją prasmę, kaip galiojančias normas, t. y. net pats šitaip interpretuodamas šių aktų prasmę[72].

Teikdama šią pamatinės normos teoriją Grynoji Teisės Teorija neįdiegia naujo teisės pažinimo metodo. Ji tik verčia sąmoningai daryti tai, ką (bent nesąmoningai) daro dauguma teisės mokslininkų, kai jie minėtus faktus suvokia ne kaip priežastingai determi-

[71] Norma, kuri yra mąstymo akto prasmė, nėra norma, kurios turinys yra savaime suprantamas. Pozityviosios teisinės tvarkos Pamatinė Norma, tokia, kokia ji toliau aprašoma, anaiptol nėra savaime suprantama. Plg. p. 191.

[72] Į klausimą „Kas preziumuoja pamatinę normą?“ Grynoji Teorija atsako taip: pamatinę normą preziumuoja kiekvienas, kuris subjektyviąją konstitucijos kūrimo akto bei pagal konstituciją atliekamų aktų prasmę interpretuoja kaip objektyviąją šių aktų prasmę, t. y. kaip objektyviai galiojančią normą. Ši interpretacija – tai pažinimo, ne valios, funkcija. Kadangi teisės mokslas, kaip pažinimas, gali tik aprašyti normas ir negali nieko nurodyti, taigi negali kurti normų, aš esu vienur kitur pareiškęs abejonių dėl to, ar pamatinę normą taip pat gali preziumuoti teisės mokslas („Was ist ein Rechtsakt?“, *Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht*, 1952). Šias abejones pašalina šiame tekste nubrėžtas nustatytųjų ir preziumuojamų normų skirtumas.

nuotus, – jų subjektyviąją prasmę jie interpretuoja kaip objektyviai galiojančias normas, t. y. kaip normatyvinę teisinę tvarką, ir nemėgina šios tvarkos galiojimo grįsti kokia nors aukštesne, metateisės norma – norma, kurią nustato autoritetas, aukštesnis už teisinį autoritetą; kitaip tariant, kai teisę jie traktuoja tik kaip pozityviąją teisę. Pamatinės normos koncepcija tėra procedūros, kurią visada taikė pozityvistinis teisės mokslas, rezultatas.

e) Loginė teisinės tvarkos vienovė; normų konkurencija

Kadangi pamatinė norma yra visų tai pačiai teisinei tvarkai priklausančių normų galiojimo pagrindas, pamatinė norma vienija šių normų įvairovę. Šią vienovę išreiškia ir ta aplinkybė, kad teisinę tvarką galima aprašyti viena kitai neprieštaraujančiomis teisės taisyklėmis. Be abejo, nepaneigiama yra tai, kad teisiniai organai gali sukurti konkuruojančias normas, t. y. jie gali atlikti aktus, kurių subjektyvioji prasmė yra „privalomybė" ir kurie, jeigu jų subjektyvioji prasmė yra interpretuojama kaip jų objektyvioji prasmė, gali konkuruoti vienas su kitu. Tokios normų konkurencijos esama tuo atveju, kai viena norma reikalauja tam tikro elgesio, o kita norma reikalauja kitokio, su pirmuoju nesuderinamo elgesio, pavyzdžiui, kai viena norma nustato, kad už svetimavimą privalo būti baudžiama, o kita norma – kad už jį neprivalo būti baudžiama, arba jeigu viena norma nustato, kad už vagystę privalo būti baudžiama mirtimi, o kita – kad įkalinimu. Tačiau, kaip jau buvo parodyta anksčiau[73], tokia konkurencija nėra loginis prieštaravimas griežtąja šio žodžio prasme, nors paprastai sakoma, kad dvi normos „prieštarauja" viena kitai. Juk logikos principus, ypač neprieštaravimo principą, galima taikyti teiginiams, kurie yra teisingi arba klaidingi; jeigu du teiginiai logiškai prieštarauja vienas kitam, tik vienas iš jų gali būti teisingas; jeigu vienas yra teisingas, kitas turi būti klaidingas. Norma nėra nei teisinga, nei klaidinga, ji yra tik galiojanti arba negaliojanti. Tačiau teisinę tvarką aprašantis teiginys, kad pagal tą tvarką tam tikra norma galioja, gali būti teisingas arba klaidingas; konkrečiai tai pasakytina apie teisinę tvarką aprašančią teisės taisyklę, teigiančią, kad pagal tą tvarką tam tikromis sąlygomis privalu arba neprivalu atlikti tam tikrą prievartos aktą. Todėl logikos principus apskritai ir konkrečiai – neprieštaravimo principą galima taikyti teisės normas aprašančioms teisės taisyklėms, tad netiesiogiai – ir teisės normoms. Vadinasi, anaiptol nėra absurdiška sakyti, kad dvi teisės normos „prieštarauja" viena kitai. Ir tik vieną iš jųdviejų galima laikyti objektyviai galiojančia. Sakyti, kad *a* privalo būti, ir kartu teigti, kad neprivalo būti, yra toks pats beprasmis dalykas, kaip ir sakyti, kad *a* yra ir kartu nėra. Normų konkurencija yra tokia pat beprasmė, kaip ir loginis prieštaravimas.

Bet dėl to, kad teisės pažinimas, kaip ir bet kuris kitas pažinimas, siekia savo objektą suvokti kaip prasmingą visumą ir jį aprašyti vienas kitam neprieštaraujančiais teiginiais, jo išeities pozicija yra prielaida, kad jo aprašomos normatyvinės tvarkos (šio pažinimo objekto) normų konkurenciją galima ir reikia šalinti aiškinimo būdu. Kadangi teisinės tvar-

[73] Plg. p. 93 ir toliau.

kos struktūra yra aukštesnių ir žemesnių normų hierarchija, kur aukštesnė norma apibrėžia žemesnės kūrimą, tos pačios teisinės tvarkos normų konkurencijos problema reiškiasi dviem formomis, – nelygu, ar konkuruoja dvi to paties lygmens normos, ar aukštesnė ir žemesnė normos.

Pirmiausia panagrinėsime to paties lygmens normų konkurenciją. Jeigu turime reikalą su to paties organo skirtingu metu sukurtų normų konkurencija, tai pagal principą *lex posterior derogat priori* vėlesnės normos galiojimas pakeičia ankstesnės, jai prieštaraujančios, normos galiojimą. Kadangi normų kūrimo organas (karalius arba parlamentas) paprastai yra įgalintas kurti tokias normas, kurias galima keisti, taigi ir naikinti, galima tarti, jog tas įgalinimas apima ir principą *lex posterior derogat priori*. Šis principas taikomas ir tada, kai konkuruojančias normas nustato skirtingi organai, pavyzdžiui, jeigu konstitucija įgalina ir karalių, ir parlamentą bendrosiomis normomis reguliuoti tą patį objektą arba jeigu teisėkūros faktais laikomi ir legislatūra, ir paprotys. Tačiau konkuruojančios normos gali būti sukuriamos vienu metu, to paties organo ir tuo pačiu aktu, tad minėto principo negalima taikyti, pavyzdžiui, tuo atveju, kai viena kitai prieštaraujančių klauzulių esama tame pačiame įstatyme, kaip antai: už svetimavimą turi būti baudžiama ir už svetimavimą neturi būti baudžiama, arba: kiekvienas, padaręs tam tikrą deliktą, turi būti baudžiamas, ir asmenys, jaunesni nei keturiolikos metų amžiaus, neturi būti baudžiami. Tada yra šios konkurencijos šalinimo galimybės: arba abi normos laikomos teisės taikymo organo, pvz., teisėjo, pasirinkimo dalyku, arba, jeigu (kaip antrajame pavyzdyje) dvi normos tik iš dalies prieštarauja viena kitai, vieną normą galima suvokti kaip apribojančią kitos normos galiojimą. Teisę aprašanti taisyklė nesako: „Už svetimavimą privalo būti baudžiama *ir* neprivalo būti baudžiama“; ji sako: „Tas, kuris svetimauja, privalo būti baudžiamas *arba* jis neprivalo būti baudžiamas.“ Teisę aprašanti taisyklė nesako ir šito: „Kiekvienas, padaręs tam tikrą deliktą, privalo būti baudžiamas, *ir* asmenys, jaunesni nei keturiolikos metų amžiaus, neprivalo būti baudžiami“; ji sako: „Kiekvienas, padaręs tam tikrą deliktą, išskyrus asmenis iki keturiolikos metų amžiaus, privalo būti baudžiamas.“ Jeigu neįmanomas nė vienas iš šių aiškinimų, vadinasi, įstatymų leidėjas sukūrė beprasmybę; tada turime beprasmį normos kūrimo aktą, taigi apskritai ne aktą, nes jo subjektyviosios prasmės negalima interpretuoti kaip jo objektyviosios prasmės; čia nėra jokios objektyviai galiojančios normos, nors tas aktas atliktas pagal pamatinę normą. Pamatinė norma suteikia objektyvią galiojančios normos prasmę ne bet kuriam aktui, o tik tokiam, kuris turi prasmę – subjektyviąją prasmę, kad individai privalo elgtis tam tikru būdu. Aktas turi būti prasmingas šia normatyvine prasme. Jeigu aktas turi kitokią prasmę (pavyzdžiui, teiginio, teigiančio tam tikrą įstatyme siūlomą teoriją, prasmę) arba apskritai neturi prasmės (pavyzdžiui, jeigu įstatyme esama beprasmių žodžių arba tarpusavyje nesuderinamų nuostatų), tada nėra jokios subjektyviosios prasmės, kurią būtų galima interpretuoti kaip objektyviąją prasmę; nesama ir akto, kurio subjektyviąją prasmę galėtų legitimuoti pamatinė norma.

Konkuruoti gali ir dvi individualiosios normos, kaip antai du teismo sprendimai, ypač jeigu abi šias normas sukūrė skirtingi organai. Įstatymas gali įgalinti du teismus spręsti tą

pačią bylą, bet nesuteikti kurio nors vieno iš šių teismų sprendimui galios panaikinti kito sprendimą. Žinoma, tokia teisinė technika yra kuo ydingiausia, bet ji nėra neįmanoma ir jos yra pasitaikę. Tokiu atveju iš tikrųjų gali atsitikti taip, kad kaltinamąjį vienas teismas nuteisia, o kitas išteisina, t. y. jis privalo būti baudžiamas pagal vieną normą, bet nebaudžiamas pagal kitą; arba gali atsitikti taip, kad vienas teismas gali ieškovui priteisti tai, ko jis reikalauja, o kitas teismas gali atmesti ieškinį, – vadinasi, pagal vieną normą į atsakovo turtą turi būti nukreipiamas civilinis išieškojimas, o pagal kitą toks civilinis išieškojimas į jį neturi būti nukreipiamas. Tokia konkurencija šalinama vykdomajam organui leidžiant pasirinkti vieną iš šių sprendimų. Jeigu civilinis išieškojimas vykdomas taip, kaip nustato viena norma, tai antroji norma tampa visam laikui neefektyvi, taigi ir nebegalioja; jeigu išieškojimas nėra vykdomas, yra atvirkščiai. Tokia interpretacija suderinama su pamatine norma. Juk pamatinė norma nustato: „Prievartą privalu vartoti daugiau ar mažiau efektyvios konstitucijos ir pagal tą konstituciją sukurtų daugiau ar mažiau efektyvių bendrųjų bei efektyvių individualiųjų normų nustatytomis sąlygomis ir būdu." Efektyvumas numatomas kaip viena iš pamatinės normos galiojimo sąlygų. Jeigu konkurencijos esama tame pačiame teismo sprendime (pavyzdžiui, teisėjui išprotėjus), tuomet aktas yra paprasčiausiai beprasmis, tad jokios objektyviai galiojančios normos nėra. Taip pamatinė norma teisinio pažinimo medžiagą leidžia interpretuoti kaip prasmingą visumą, – vadinasi, ją aprašyti vienas kitam logiškai neprieštaraujančiais teiginiais.

Negalima jokia konkurencija tarp aukštesnės ir žemesnės normos, t. y. tarp normos, apibrėžiančios kitos normos kūrimą, ir šios antrosios normos, nes žemesnei normai galiojimo pagrindą teikia aukštesnė norma. Jeigu žemesnė norma laikoma galiojančia, tai galiojančia ją galima laikyti tik pagal aukštesnę normą. Kaip tai daroma, aptarsime aprašydami teisinės tvarkos hierarchiją[74].

f) Legitimumas ir efektyvumas

Pamatinės normos funkcija tampa ypač akivaizdi, kai konstitucija keičiama ne konstituciniu būdu, bet revoliucija, kai kvestionuojamas visos ta konstitucija tiesiogiai grindžiamos teisinės tvarkos buvimas, t. y. galiojimas.

Jau sakyta, kad normos galiojimo sritis ir konkrečiai – temporalinė jos galiojimo sritis gali būti ribota; tokio galiojimo pradžią ir pabaigą gali apibrėžti pati ši norma arba aukštesnė norma, reguliuojanti žemesnės normos kūrimą. Teisinės tvarkos normos galioja, kol jų galiojimas nepasibaigia pagal tos teisinės tvarkos taisykles. Reguliuodama savo pačios kūrimą ir taikymą, teisinė tvarka apibrėžia savo normų galiojimo pradžią ir pabaigą. Rašytinėse konstitucijose paprastai esama specialių taisyklių, apibrėžiančių, kokiu būdu jas galima keisti. Principas, kad teisinės tvarkos norma galioja tol, kol jos galiojimas nepasibaigia šios tvarkos apibrėžtu būdu arba kol jo nepakeičia kitos šios tvarkos normos galiojimas, vadinamas legitimumo principu.

[74] Plg. § 35a.

Šis principas taikomas nacionalinei teisinei tvarkai, tačiau su viena svarbia išlyga: jis netaikomas revoliucijos atveju. Revoliucija platesne šio žodžio prasme (kuri apima ir valstybės perversmą) – tai bet koks nelegitimus tos konstitucijos keitimas arba jos pakeitimas kita konstitucija. Teisės mokslo požiūriu nėra relevantiška, ar teisinė situacija pasikeitė dėl to, kad prieš legitimią vyriausybę buvo pavartota jėga, ar ją pakeitė patys tos vyriausybės nariai, ar tai padarė masinis gyventojų sąjūdis, ar maža individų grupė. Čia lemiamą reikšmę turi tik tai, kad galiojanti konstitucija buvo pakeista arba kita vietoje jos atsirado tokiu būdu, kurio nenumatė iki tol galiojusi konstitucija. Paprastai revoliucija panaikina tik senąją konstituciją ir tam tikrus politiškai svarbius įstatymus. Sakoma, kad didelė dalis pagal senąją konstituciją sukurtų įstatymų lieka galioti, bet šitoks apibūdinimas nėra teisingas. Jeigu šie įstatymai laikytini galiojančiais pagal naująją konstituciją, tai toks dalykas galimas tik dėl to, kad jų galiojimą eksplicitiškai arba implicitiškai turi patvirtinti naujoji konstitucija. Čia susiduriame ne su naujos teisės kūrimu, o su tuo, kad viena teisinė tvarka recepuoja kitos normas, kaip antai romėnų teisės recepcijos vokiečių teisėje atveju. Bet ir tokia recepcija yra teisėkūra, nes naujos, revoliucijos būdu sukurtos konstitucijos perimtų teisės normų galiojimo tiesioginis pagrindas tegali būti naujoji konstitucija. Šių normų turinys išlieka nepakitęs, tačiau pasikeičia jų galiojimo pagrindas; tiesą sakant, pasikeičia visos teisinės tvarkos galiojimo pagrindas. Įsigaliojus naujai konstitucijai kartu pasikeičia ir pamatinė norma, t. y. prezumpcija, pagal kurią konstitucijos sukūrimo aktas ir pagal konstituciją atliekami aktai yra interpretuojami kaip normų kūrimo ir normų taikymo aktai. Tarkime, kad senoji konstitucija savo pobūdžiu buvo absoliutinė monarchija, o naujoji yra parlamentinė demokratija. Tada pamatinė norma, užuot – kaip iki tol – skelbusi: „Prievartos aktus privalu vykdyti tomis sąlygomis ir tuo būdu, kuriuos apibrėžia senoji, nebegaliojanti konstitucija“, vadinasi, bendrosios ir individualiosios normos, kurias sukuria ir taiko konstituciškai funkcionuojantis monarchas bei jo deleguoti organai, pamatinė norma skelbs: „Prievartos aktus privalu vykdyti tomis sąlygomis ir tuo būdu, kuriuos apibrėžia naujoji konstitucija“, vadinasi, bendrosios ir individualiosios normos, kurias kuria ir taiko pagal naująją konstituciją išrinktas parlamentas bei tie organai, kuriems šios normos tai deleguoja. Naujoji pamatinė norma, kitaip nei senoji, neleidžia tam tikro individo traktuoti kaip absoliutinio monarcho, bet ji leidžia teisiniu autoritetu laikyti tautos renkamą parlamentą. Pagal pamatinę nacionalinės teisinės tvarkos normą vyriausybė, kurianti efektyvias bendrąsias ir individualiąsias normas, grindžiamas efektyvia konstitucija, yra legitimi valstybės vyriausybė.

Pamatinė norma pasikeičia pasikeitus faktams, kurie interpretuojami kaip galiojančių teisės normų kūrimas ir taikymas. Pamatinė norma nurodo tik tokią konstituciją, kuri buvo faktiškai sukurta įstatymų leidybos aktu arba papročiu ir kuri yra efektyvi. Konstitucija yra „efektyvi“, jeigu pagal ją kuriamos normos yra daugiau ar mažiau taikomos ir joms daugiau ar mažiau yra paklūstama. Kai tik senoji konstitucija nustoja efektyvumo, o efektyvia tampa naujoji konstitucija, tie aktai, kurių subjektyvioji prasmė yra teisės normų kūrimas arba taikymas, interpretuojami kaip preziumuojantys jau ne senąją, bet naują pamatinę normą. Pagal senąją konstituciją išleisti ir neperimti įstatymai jau nelaikomi ga-

liojančiais, o senosios konstitucijos įgalinti organai jau nelaikomi turinčiais kompetenciją. Jeigu revoliucija patirtų nesėkmę, tai nebūtų pagrindo senąją pamatinę normą keisti nauja. Tokiu atveju revoliucija būtų ne laikoma naujos teisės kūrimo procesu, bet interpretuojama (pagal senąją konstituciją bei šia grindžiamą ir galiojančia laikomą baudžiamąją teisę) kaip valstybės išdavimas. Principas, kuriuo čia vadovaujamasi, yra efektyvumo principas. Legitimumo principą riboja efektyvumo principas.

g) Galiojimas ir efektyvumas

Šis ribojimas atskleidžia dažnai pabrėžiamą (ir pozityviosios teisės teorijai tokį svarbų) teisės galiojimo ir efektyvumo ryšį. Teisingas šio ryšio apibrėžimas – viena svarbiausių ir kartu sudėtingiausių pozityvistinės teisės teorijos problemų. Tai ypatingas teisės normų „privalomybės" ir gamtinės tikrovės „esamybės" santykio atvejis. Juk aktas, kuriuo sukuriama pozityvioji teisės norma, taip pat yra „esamybės faktas" (vok. *Seinstatsache*), visai kaip ir teisės normos efektyvumas. Pozityvistinė teisės teorija susiduria su užduotimi rasti teisingą vidurio kelią tarp dviejų kraštutinumų, iš kurių nė vienas nėra pagrįstas. Pirmasis kraštutinumas – tai tezė, jog galiojimo, kaip kažko, kas privalo būti, ir efektyvumo, kaip kažko, kas yra, nesieja joks ryšys, kad teisės galiojimas visiškai nepriklauso nuo jos efektyvumo. Kitas kraštutinumas – tezė, kad galiojimas ir efektyvumas yra tapatūs. Idealistinė teisės teorija linksta į pirmąjį šios problemos sprendimą, realistinė – į antrąjį. Pirmasis sprendimas klaidingas dėl to, kad negalima paneigti, jog teisinė tvarka, kaip visuma, taip pat atskira teisės norma nustoja galioti tada, kai nustoja efektyvumo, taip pat jog teisės normos *privalomybė* ir fizinės tikrovės *esamybė* yra susijusios dar ir tiek, kiek galiojančią pozityviąją teisės normą sukurti gali tik būties tikrovės aktas. Antrasis sprendimas klaidingas dėl to, kad lygiai taip pat negalima paneigti, jog daugeliu atvejų (kaip jau parodyta anksčiau[75]) teisės normos laikomos galiojančiomis, nors jos nėra arba dar nėra efektyvios. Grynoji Teisės Teorija siūlo tokį sprendimą: taip, kaip norma (pagal kurią kažkas *privalo* būti), kaip akto prasmė, nėra tapati aktui (kuris iš tikrųjų *yra*), lygiai taip pat ir teisės normos galiojimas nėra tapatus jos efektyvumui; teisinės tvarkos, kaip visumos, efektyvumas ir atskiros normos efektyvumas, kaip ir normos sukūrimo aktas, yra galiojimo sąlyga; efektyvumas yra sąlyga tuo atžvilgiu, kad teisinės tvarkos, kaip visumos, ir atskiros normos negalima laikyti vis dar galiojančiomis, jeigu jos nustoja efektyvumo. Teisinės tvarkos efektyvumas – ne ką didesnis jos galiojimo pagrindas ir už jos sukūrimo aktą. Galiojimo pagrindas, t. y. atsakymas į klausimą, kodėl šios teisinės tvarkos normoms privalu paklusti ir jas taikyti, yra preziumuojama pamatinė norma, pagal kurią privalu paklusti faktiškai sukurtai ir daugiau ar mažiau efektyviai konstitucijai, vadinasi, ir pagal tą konstituciją sukurtoms ir daugiau ar mažiau efektyvioms normoms. Pamatinėje normoje sukūrimo faktas ir efektyvumas padaromi galiojimo sąlyga – „efektyvumas" tuo atžvilgiu, kad jį reikia pridėti prie sukūrimo fakto, kad nenustotų galioti nei teisinė tvarka kaip visuma, nei atskira norma. Sąlyga negali būti tapati tam, kieno sąlyga

[75] Plg. p. 49–50, 103 ir toliau.

ji yra. Antai kad žmogus gyventų, jis turi gimti; bet kad jis išliktų gyvas, turi būti tenkinamos dar ir kitos sąlygos, pavyzdžiui, jis turi maitintis. Jeigu ši sąlyga netenkinama, jis nebegyvens. Bet gyvybė nėra tapati nei gimimui, nei maitinimuisi.

Normatyviniame silogizme, kuriuo grindžiamas teisinės tvarkos galiojimas, didžioji premisa yra privalomybės teiginys, formuluojantis pamatinę normą: „Privalu elgtis pagal faktiškai sukurtą ir efektyvią konstituciją"; mažoji prielaida yra esamybės teiginys, konstatuojantis faktus: „Konstitucija yra faktiškai sukurta ir efektyvi"; o išvada yra privalomybės teiginys: „Privalu elgtis pagal teisinę tvarką, t. y. ši teisinė tvarka galioja." Pozityviosios teisinės tvarkos normos galioja *todėl, kad* preziumuojamas jų kūrimą reguliuojančios fundamentalios taisyklės, t. y. pamatinės normos, galiojimas, o ne todėl, kad jos yra efektyvios; tačiau jos galioja *tik tol, kol* ši teisinė tvarka yra efektyvi. Kai tik konstitucija nustoja efektyvumo, t. y. kai tik efektyvumo nustoja šia konstitucija grindžiama teisinė tvarka kaip visuma, nustoja galioti ir visa teisinė tvarka, ir kiekviena atskira norma.

Tačiau teisinė tvarka nenustoja galioti, kai efektyvumo nustoja kuri nors atskira teisės norma. Teisinė tvarka laikoma galiojančia, kai jos normos yra *daugiau ar mažau* efektyvios (t. y. jos faktiškai taikomos ir joms paklūstama). Ir atskira norma nenustoja galioti, jeigu ji nėra efektyvi tik atskirais, išimtiniais atvejais. Kaip jau buvo sakyta kitame kontekste, turi būti galimas antagonizmas tarp to, ką norma nustato kaip kažką, kas privalo būti, ir to, kas faktiškai yra; norma, nustatanti kaip *privalomą* dalyką tai, kas, kaip iš anksto žinoma, neišvengiamai turi įvykti pagal tam tikrą gamtos dėsnį, yra beprasmė – tokia norma nebūtų laikoma galiojančia. Kita vertus, nėra laikoma galiojančia ir tokia norma, kuriai niekuomet nepaklūstama arba kuri niekuomet nėra taikoma. Faktiškai teisės norma gali nustoti galioti dėl to, kad ji niekuomet nėra taikoma arba jai niekuomet nėra paklūstama, t. y. dėl vadinamojo *desuetude. Desuetude* galima apibūdinti kaip negatyvųjį paprotį, o jo esminė funkcija yra esamos normos galiojimo panaikinimas. Jeigu paprotys apskritai laikomas teisėkūros faktu, tai paprotine teise galima panaikinti net statutinę teisę. Jeigu efektyvumas čia apsakytąja prasme yra ne tik teisinės tvarkos kaip visumos, bet ir atskiros teisės normos galiojimo sąlyga, tai statutinė teisė negali panaikinti papročio teisėkūros funkcijos, bent jau tiek, kiek tai susiję su negatyviąja *desuetudo* funkcija.

Aprašytasis galiojimo ir efektyvumo santykis liečia bendrąsias teisės normas. Bet galioti nustoja ir konkretų prievartos aktą nustatančios individualiosios teisės normos (teismo sprendimai, administraciniai dekretai), jeigu jos nuolat yra nevykdomos, taigi yra neefektyvios, kaip buvo parodyta aptariant dviejų teisinių sprendimų konkurenciją[76].

Efektyvumas yra galiojimo sąlyga, bet jis nėra galiojimas. Tai būtina pabrėžti, nes galiojimą nuolat mėginama sutapatinti su efektyvumu, o pagunda taip tapatinti kyla dėl to, kad atrodo, jog šitaip supaprastinama teorinė situacija. Tačiau tokios pastangos bergždžios – ne tik dėl to, kad net iš dalies neefektyvią teisinę tvarką arba teisės normą gali-

[76] Plg. p. 181.

ma laikyti galiojančia, o absoliučiai efektyvią normą, kurios neįmanoma pažeisti, – negaliojančia, nes jos apskritai negalima laikyti norma, bet ypač dėl štai kokios priežasties: jeigu galiojimas, t. y. specifinis teisės egzistavimo būdas, laikomas gamtinės tikrovės dalimi, tai neįmanoma suvokti tos specifinės prasmės, kuria teisė adresuoja save tikrovei ir šitaip šiai tikrovei save priešpriešina, o tikrovė gali atitikti teisę arba jai prieštarauti tik tuo atveju, kai ji nėra tapati teisės galiojimui. Taip, kaip apibrėžiant galiojimą neįmanoma nepaisyti jo santykio su tikrove, lygiai taip pat neįmanoma ir galiojimo sutapatinti su tikrove. Tikrovės (kaip teisinės tvarkos efektyvumo) sąvoką pakeitus valdžios sąvoka, teisinės tvarkos galiojimo ir efektyvumo santykio problema sutampa su geriau pažįstama teisės ir valdžios arba teisių ir galios santykio problema. O tada čia siūlomas sprendimas tėra vien moksliškai tikslesnis seno truizmo, kad negali būti teisių be galios, bet vis dėlto ji nėra tapati jėgai, formulavimas. Čia dėstomos teorijos požiūriu teisės (teisė) yra tam tikra galios tvarka (arba organizacija).

h) Tarptautinės teisės pamatinė norma

Dabar panagrinėsime tarptautinę teisinę tvarką jos santykio su nacionalinėmis teisinėmis tvarkomis požiūriu ir vadovausimės prielaida (kuria dažnai vadovaujamasi), kad tarptautinė teisė tam tikrai valstybei galioja tik tuo atveju, kai jos vyriausybė, remdamasi efektyvia konstitucija, pripažįsta tarptautinę teisę; tuomet į klausimą, kodėl teisė galioja, atsakome vis taip pat: teisės galiojimo pagrindas yra preziumuojama pamatinė norma, kurioje daroma nuoroda į efektyvią konstituciją. Juk tokiu atveju tarptautinė teisė tėra suverenia laikomos nacionalinės teisinės tvarkos dalis, o nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo pagrindas yra pamatinė norma, kurioje daroma nuoroda į efektyvią konstituciją. Pamatinė norma, kaip konstitucijos galiojimo pagrindas, kartu yra ir tarptautinės teisės, pripažįstamos remiantis konstitucija, galiojimo pagrindas.

Tačiau kitaip yra, jeigu tarptautinė teisė laikoma ne nacionalinės teisinės tvarkos dalimi, o suverenia teisine tvarka, viršesne už visas nacionalines teisines tvarkas ir ribojančia jų galiojimo sritį, kitaip tariant, jeigu daroma prielaida, kad nacionalinėms teisinėms tvarkoms pirmenybė neteiktina, bet ji teiktina tarptautinei teisei[77]. Pastarojoje faktiškai esama normos, teikiančios pagrindą atskirų nacionalinių teisinių tvarkų galiojimui. Tad atskiros nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo pagrindą galima rasti pozityviojoje tarptautinėje teisėje. Tokiu atveju šios teisinės tvarkos galiojimo pagrindas yra pozityvoji, o ne vien preziumuojama norma. Tarptautinės teisės norma, teikianti šį galiojimo pagrindą, paprastai apibūdinama teiginiu, kad pagal bendrąją tarptautinę teisę vyriausybė, nepriklausomai nuo kitų vyriausybių efektyviai kontroliuojanti tam tikros teritorijos gyventojus, yra legitimi vyriausybė ir kad tokios vyriausybės kontroliuojami atitinkamos teritorijos gyventojai yra „valstybė“ tarptautinei teisei būdinga prasme nepriklausomai nuo to, ar ši efektyvi vyriausybės kontrolė yra grindžiama jau kurį laiką esančia, ar revoliucijos būdu sukurta konstitucija. Išvertus į teisinę kalbą tai reiškia, kad bendrosios tarptautinės

[77] Plg. § 43d, poskyrį „Tarptautinės teisinės tvarkos pirmenybė“.

teisės norma individą arba grupę individų traktuoja kaip legitimią vyriausybę ir įgalina remiantis efektyvia konstitucija kurti bei taikyti normatyvinę prievartinę tvarką. Taigi tam tikroje teritorijoje iš tikrųjų efektyvią prievartinę tvarką toji norma legitimuoja kaip galiojančią teisinę tvarką, o šios tvarkos konstituojamą bendruomenę – kaip „valstybę" tarptautinei teisei būdinga prasme nepriklausomai nuo to, ar vyriausybė atėjo į valdžią „legitimiu" būdu (t. y. pagal ankstesniąją konstituciją), ar revoliucijos būdu. Pagal tarptautinę teisę tokia valdžia laikytina *teisėta* valdžia. O tai reiškia, kad tarptautinė teisė sėkmingą revoliuciją legitimuoja kaip teisėkūros procedūrą. Jeigu nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo pagrindu pripažįstama pozityvioji tarptautinės teisės norma, tai pamatinės normos problema pakinta, nes tada nacionalinių teisinių tvarkų galiojimo pagrindas yra jau ne tokia norma, kuri tik preziumuojama teisiniame mąstyme, bet pozityvioji tarptautinės teisės norma; tad kyla klausimas, kokiu pagrindu galioja tarptautinė teisinė tvarka, kuriai priklauso norma, kuria grindžiamas atskiros nacionalinės teisinės tvarkos galiojimas, norma, kuri šiai tvarkai teikia tiesioginį, nors ir ne galutinį, galiojimo pagrindą. O šis galiojimo pagrindas gali būti tik tarptautinės teisės pamatinė norma, kuri yra ir nacionalinės teisinės tvarkos netiesioginis galiojimo pagrindas. Kaip tikra pamatinė norma ji yra preziumuojama, o ne pozityvioji norma. Ji yra prezumpcija, kuria remiantis tarptautinė teisė traktuojama kaip objektyviai galiojančių normų, reguliuojančių valstybių elgesį viena kitos atžvilgiu, kompleksas. Šias normas kuria paprotys, besiklostantis iš „valstybių", t. y. pagal nacionalines teisines tvarkas kaip vyriausybės veikiančių individų, faktinio elgesio. Šios normos kaip valstybes saistančios teisės normos yra interpretuojamos dėl to, kad yra preziumuojama pamatinė norma, santykiuose tarp valstybių įtvirtinanti paprotį kaip teisėkūros faktą. Ši pamatinė norma sako štai ką: „Valstybės, t. y. valstybių vyriausybės, tarpusavio santykiuose privalo elgtis taip" arba: „Valstybės prievarta prieš valstybę turi būti vartojama tomis sąlygomis ir tokiu būdu, kad atitiktų paprotį, susiklosčiusį iš faktinio valstybių elgesio"[78]. Būtent tai yra tarptautinės teisės „konstitucija" transcendentaline-logine prasme[79].

Viena iš papročiais sukurtų tarptautinės teisės normų valstybes įgalina jų tarpusavio santykius reguliuoti sutartimis. Ši papročiu sukurta norma ir yra sutartimis sukuriamų tarptautinės teisės normų galiojimo pagrindas. Ji paprastai formuluojama teiginiu: *pacta sunt servanda.*

Preziumuojama tarptautinės teisės norma, valstybių elgesio paprotį institucionalizuojanti kaip teisėkūros faktą, išreiškia principą, kuris yra visos paprotinės teisės pamatinė prezumpcija: individas privalo elgtis taip, kaip paprastai elgiasi kiti (įsitikinę, kad jie privalo taip elgtis), ir kuris yra taikomas valstybių (t. y. tų individų, kuriuos nacionalinės teisinės tvarkos kvalifikuoja kaip vyriausybės organus) elgesiui viena kitos atžvilgiu[80].

[78] Plg. § 42b–d.
[79] Plg. § 34d.
[80] Teoriją, kuria remiasi daugelis autorių (ir kuria kadaise rėmiausi aš pats) ir pagal kurią *pacta sunt servanda* norma yra tarptautinės teisės pagrindas, reikia atmesti, nes ją galima apginti tik naudojant fikciją, kad iš valstybių elgesio susiklostęs paprotys yra implicitiškai sudaryta sutartis.

Pamatinėje tarptautinės teisės normoje nesama jokios teisei transcendentinės vertybės įtvirtinimo – net tokios vertybės, kaip taika, kurią garantuoja papročiu kuriama bendroji tarptautinė teisė bei sutartimis kuriama partikuliarinė tarptautinė teisė. Tarptautinė teisė ir (jeigu pripažįstama pastarosios viršenybė) jai subordinuotos nacionalinės teisinės tvarkos galioja ne „todėl" ir „tiek, kiek" jos realizuoja taiką kaip vertybę; šią vertybę jos gali realizuoti tik tuo atveju, kai (ir tiek, kiek) jos galioja (ir tik tiek, kiek ji galioja); o jos galioja, jeigu yra preziumuojama pamatinė norma, valstybių santykiuose paprotį institucionalizuojanti kaip teisėkūros faktą, kad ir koks būtų šiuo būdu kuriamų normų turinys. Jeigu nacionalinių teisinių tvarkų galiojimo pagrindą teikia tarptautinės teisės norma, tai ši yra suprantama kaip už pirmąją aukštesnė teisinė tvarka, taigi kaip aukščiausia suvereni teisinė tvarka. Ir jeigu valstybės (t. y. nacionalinės teisinės tvarkos) vis tiek apibūdinamos kaip „suverenios", tai šis jų „suverenumas" gali reikšti tik tai, kad nacionalinės teisinės tvarkos yra subordinuotos *tik* tarptautinei teisinei tvarkai.

i) Pamatinės normos teorija ir prigimtinės teisės teorija

Pozityviosios teisės galiojimo pagrindo klausimu (t. y. klausimu, kodėl privalu taikyti efektyvios prievartinės tvarkos normas bei joms paklusti) siekiama etiškai ir politiškai pateisinti šią prievartinę tvarką, – vadinasi, siekiama rasti aiškų kriterijų, pagal kurį pozityviąją teisinę tvarką būtų galima vertinti arba kaip „teisingą" ir todėl galiojančią, arba kaip „neteisingą" ir todėl negaliojančią, – o Grynosios Teisės Teorijos pamatinė norma neteikia nei tokio pateisinimo, nei kriterijaus. Juk pozityviąją teisę, kaip jau buvo pažymėta[81], pateisina tik tokia norma arba normatyvinė tvarka, kurią pozityvioji teisė gali atitikti arba kurios gali neatitikti savo turiniu, tad atitinkamai būti teisinga arba neteisinga. Pamatinė norma, kurią Grynoji Teisės Teorija traktuoja kaip teisės objektyvaus galiojimo sąlygą, teikia galiojimą *bet kuriai* pozityviajai teisinei tvarkai, t. y. bet kuriai žmonių aktais sukurtai ir daugiau ar mažiau efektyviai prievartinei tvarkai. Grynosios Teisės Teorijos (kaip pozityvistinės teisinės teorijos) požiūriu jokios pozityviosios teisinės tvarkos negalima laikyti neatitinkančia jos pamatinės normos ir todėl negaliojančia. Pozityviosios teisinės tvarkos turinys visiškai nepriklauso nuo jos pamatinės normos. Juk (ir tai reikia pabrėžti) iš pamatinės normos galima išvesti tik teisinės tvarkos galiojimą, bet ne jos turinį. Kiekvieną daugiau ar mažiau efektyvią prievartinę tvarką galima interpretuoti kaip objektyviai galiojančią normatyvinę tvarką. Pozityviosios teisinės tvarkos galiojimo negalima paneigti dėl jos normų turinio. Tai yra esminis teisinio pozityvizmo elementas; ir būtent savąja pamatinės normos teorija Grynoji Teisės Teorija atsiskleidžia kaip pozityvistinė teisės teorija. Grynoji Teorija pozityviąją teisę aprašo kaip objektyviai galiojančią normatyvinę tvarką ir teigia, jog tokia interpretacija galima tik su sąlyga, kad yra preziumuojama pamatinė norma, pagal kurią subjektyvioji teisėkūros aktų prasmė yra ir jų objektyvioji prasmė. Tokiu būdu šią interpretaciją Grynoji Teorija apibūdina kaip galimą, o ne kaip būtiną, ir todėl objektyvų pozityviosios teisės galiojimą traktuoja kaip sąlygišką

[81] Plg. § 13.

dalyką – būtent tokį, kurį sąlygoja preziumuojama pamatinė norma. Ta aplinkybė, kad pamatinę pozityviosios teisinės tvarkos normą preziumuoti *ne būtina*, bet *galima*, reiškia, jog atitinkamus žmonių santykius ne būtina, bet galima interpretuoti kaip „normatyvinius“, t. y. kaip objektyviai galiojančių normų konstituojamas pareigas, įgalinimus, teises ir t. t. Negana to, tai reiškia, kad juos galima interpretuoti ir be tokios prezumpcijos (t. y. be pamatinės normos) kaip valdžios santykius (t. y. santykius tarp įsakančių ir paklūstančių arba nepaklūstančių žmonių), kitaip tariant, juos galima interpretuoti sociologiškai, o ne teisiškai[82]. Kadangi, kaip jau parodyta, pamatinė norma, preziumuojama kaip pozityviosios teisės galiojimo pagrindas, tėra transcendentalinė-loginė šios normatyvinės interpretacijos sąlyga, ji atlieka tik epistemologinę, o ne etinę-politinę funkciją[83].

Nuosekli prigimtinės teisės teorija nuo pozityvistinės teisės teorijos skiriasi tuo, kad pozityviosios teisės galiojimo pagrindo ieško nuo pozityviosios teisės besiskiriančioje prigimtinėje teisėje, taigi tokioje normatyvinėje tvarkoje, kurią pozityvioji tvarka gali atitikti arba kurios ji gali neatitikti; taigi prigimtinės teisės neatitinkanti pozityvioji teisė laikytina negaliojančia. Todėl pagal tikrą prigimtinės teisės teoriją ne bet kurią efektyvią prievartinę tvarką galima interpretuoti kaip objektyviai galiojančią normatyvinę tvarką. Prigimtinės teisės ir pozityviosios teisės konkurencijos galimybė apima galimybę tokią prievartinę tvarką traktuoti kaip negaliojančią. Tik tiek, kiek pozityviosios teisės turinys gali atitikti prigimtinę teisę arba jos neatitikti, o pati pozityvioji teisė dėl to gali būti ne tik teisinga, bet ir neteisinga, taigi ir negaliojanti, – tik tiek prigimtinė teisė gali būti pozityviosios teisės etiniu-politiniu kriterijumi, tad ir galimu jos etiniu-politiniu pateisinimu. Būtent tokia yra esminė prigimtinės teisės funkcija. Jeigu teisės teorija, save teikianti kaip prigimtinės teisės doktriną, pozityviosios teisės galiojimo pagrindo funkciją vykdančią normą arba normatyvinę tvarką formuluoja taip, kad vadinamosios prigimtinės teisės ir pozityviosios teisės konkurencija pašalinama (pavyzdžiui, tvirtindama, jog prigimtis įsako paklusti bet kuriai pozityviai teisinei tvarkai, kad ir kokio elgesio ši tvarka reikalautų), tai tokia teisės teorija savo pobūdžiu jau nėra prigimtinės teisės teorija, t. y. teisin-

[82] Tai, kad pamatinės normos prezumpcija yra ne būtina, bet galima, ankstesnėse publikacijose iliustruodavau tokiu pavyzdžiu: anarchistas pamatinės normos nepreziumuoja. Tai klaidinantis pavyzdys. Anarchistas emociškai atmeta teisę kaip prievartinę tvarką; jis priešinasi teisei; jis geidžia bendruomenės be prievartos, bendruomenės, kurią konstituotų ne prievartinė tvarka. Anarchizmas yra politinė pažiūra, grindžiama tam tikru noru. Pamatinės normos nepreziumuojanti sociologinė interpretacija – tai teorinė pažiūra. Net anarchistas, jeigu jis būtų teisės profesorius, pozityviąją teisę galėtų aprašyti kaip galiojančių normų sistemą, nebūtinai pats tai teisei pritardamas. Daugybė vadovėlių, kuriuose kapitalistinė teisinė tvarka aprašoma kaip normų, konstituojančių pareigas, įgalinimus, teises, jurisdikciją, sistema, yra parašytos teisininkų, politiškai nepritariančių tai teisinei tvarkai.

[83] Todėl pamatinės normos doktrina nėra pripažinimo doktrina, kaip ji kartais klaidingai suprantama. Pripažinimo doktrinos požiūriu pozityvioji teisė galioja tik tuo atveju, kai ją pripažįsta jai pavaldūs individai, t. y. kai šie individai sutinka, kad privalu elgtis pagal pozityviosios teisės normas. Sakoma, kad tokio pripažinimo iš tikrųjų esama, ir jeigu to negalima įrodyti, jis fiktyviai preziumuojamas kaip tylus pripažinimas. Pripažinimo teorija sąmoningai arba nesąmoningai preziumuoja individo laisvės, kaip apsisprendimo, idėją, t. y. normą, kad individas privalo daryti tik tai, ką nori daryti. Tokia yra šios teorijos pamatinė norma. Ji akivaizdžiai skiriasi nuo tos pozityviosios teisinės tvarkos pamatinės normos teorijos, kaip ją aiškina Grynoji Teisės Teorija.

gumo teorija. Šitaip ji išsižada esminės prigimtinės teorijos funkcijos – teikti pozityviajai teisei etinį-politinį vertybinį kriterijų, taigi ir galimą jos pateisinimą.

Pagal pozityvistinę teisės teoriją pozityviosios teisės galiojimas grindžiamas tokia pamatine norma, kuri yra ne pozityvioji, o preziumuojama norma, vadinasi, norma, nepriklausančia pozityviajai teisei, kurios galiojimas grindžiamas pamatine norma; panašiai ir pagal prigimtinės teisės doktriną pozityviosios teisės galiojimas grindžiamas tokia norma, kuri nėra pozityviosios teisės norma ir vykdo šios teisės vertybinio kriterijaus funkciją. Ši aplinkybė gali sudaryti įspūdį, jog teisinio pozityvizmo principas paklūsta tam tikram apribojimui, tad pozityvistinės teisės teorijos ir prigimtinės teisės teorijos skirtumą galima mėginti apibūdinti ne kaip absoliutų, o veikiau kaip santykinį. Bet jųdviejų skirtumas yra pakankamai ryškus, kad būtų galima atmesti požiūrį (kuris šio skirtumo nepaiso), esą pozityvistinė pamatinės normos teorija, kaip ją formuluoja Grynoji Teisės Teorija, yra prigimtinės teisės teorija.

j) Prigimtinės teisės pamatinė norma

Kadangi Grynoji Teisės Teorija, kaip pozityvistinė teisės teorija, savojoje pozityviosios teisės pamatinės normos doktrinoje neteikia pozityviosios teisės teisingumo arba neteisingumo kriterijaus, vadinasi, neteikia ir jos etinio-politinio pateisinimo, ji dažnai yra kritikuojama kaip nepakankama. O tai, ko labiausiai ieškoma, yra būtent kriterijus, pagal kurį pozityviąją teisę galima būtų vertinti kaip teisingą arba neteisingą ir, svarbiausia, pateisinti kaip teisingą. Prigimtinės teisės teorija tokį kriterijų galėtų pasiūlyti tik jeigu tos teorijos pateikiamos prigimtinės teisės normos (t. y. normos, nustatančios, kad tam tikras elgesys yra teisingas) galiotų absoliučiai (kaip jos ir tariasi galiojančios), kitaip tariant, jeigu jos eliminuotų priešingo elgesio reikalaujančių normų galiojimą. Tačiau prigimtinės teisės teorijos istorija liudija, kad taip nėra. Vos pamėginusi apibrėžti prigimčiai imanentines normas (tokias, kurias galima dedukuoti iš prigimties), prigimtinės teisės teorija įstringa smarkiausiuose prieštaravimuose. Šios teorijos atstovai yra paskelbę ne *vieną* prigimtinę teisę, bet *keletą* labai skirtingų ir tarp savęs konkuruojančių prigimtinių teisių. Tai ypač pasakytina apie tokias pamatines problemas kaip nuosavybė ir valdymo forma. Vienai prigimtinės teisės teorijai „prigimtinė“, t. y. „teisinga“, yra tik asmeninė nuosavybė, kitai – tik kolektyvinė nuosavybė, vienai – tik demokratija, kitai – tik autokratija. Bet kuri pozityvioji teisė, atitinkanti vienos teorijos prigimtinę teisę ir todėl šios vertinama kaip „teisinga“, prieštarauja kitos teorijos prigimtinei teisei ir pastarosios yra vertinama kaip „neteisinga“. Prigimtinės teisės teorija, tokia, kokia ji susiformavo (o kitokia susiformuoti ji negalėjo), toli gražu neteikia to kriterijaus, kurio iš jos tikimasi.

Panaši iliuzija yra ir prielaida, kad prigimtinės teisės teorija teikia absoliutų atsakymą į klausimą, koks yra pozityviosios teisės galiojimo pagrindas. Pozityviosios teisės galiojimo pagrindą tokia teorija mato prigimtinėje teisėje, t. y. tokioje tvarkoje, kurią nustatė prigimtis kaip aukščiausias, virš žmogiškojo įstatymų leidėjo iškilęs autoritetas. Šiuo atžvilgiu prigimtinė teisė taip pat yra „nustatyta“, t. y. pozityvioji, teisė, tačiau nustatyta

ne žmonių, bet antžmogiškos valios. Tiesa, prigimtinės teisės teorija gali tvirtinti (nors negali įrodyti to kaip fakto), kad prigimtis įsako žmonėms elgtis tam tikru būdu. Bet kadangi šis faktas negali būti normos galiojimo pagrindu, prigimtinę teisę atitinkančią pozityviąją teisę galima interpretuoti kaip galiojančią tik tuo atveju, kai yra preziumuojama norma, sakanti: „Privalu paklusti prigimties įsakymams." O tai ir yra prigimtinės teisės pamatinė norma. Prigimtinės teisės teorija į klausimą, koks yra pozityviosios teisės galiojimo pagrindas, taip pat gali duoti tik sąlygišką atsakymą. Jeigu prigimtinės teisės teorija teigia: „Norma, kad privalu paklusti prigimties įsakymams, yra akivaizdi", tai ši teorija klysta. Šis teiginys yra nepagrindžiamas. Ir ne tik apskritai, nes negali būti akivaizdžių žmonių elgesio normų, bet ir konkrečiai dėl to, kad pati ši norma yra dar mažiau akivaizdi nei bet kuri kita. Mokslo požiūriu gamta yra priežastingai determinuotų elementų sistema. Gamta neturi valios ir todėl negali leisti normų. Normas galima laikyti imanentinėmis gamtai tik tuo atveju, kai tariama, kad gamtoje reiškiasi Dievo valia. Sakymas, kad Dievas per gamtą, kaip jo valios apraišką, įsako žmonėms elgtis tam tikru būdu, yra metafizinė prielaida, kurios negali priimti nei mokslas apskritai, nei konkrečiai teisės mokslas, nes mokslinio pažinimo objektu negali būti faktas, egzistuojantis už viso galimo patyrimo ribų.

35. HIERARCHINĖ TEISINĖS TVARKOS STRUKTŪRA

a) Konstitucija

Jau anksčiau atkreipėme dėmesį į tą teisės ypatybę, kad ji reguliuoja savo pačios kūrimą. Tai gali daryti norma, paprasčiausiai apibrėžianti procedūrą, pagal kurią turi būti kuriama kita norma. Bet tai gali daryti ir norma, tam tikru mastu apibrėžianti kuriamos normos turinį. Kadangi dėl dinaminio teisės pobūdžio norma galioja dėl to, kad (ir tiek, kiek) ji buvo sukurta tam tikru būdu, t. y. kitos normos apibrėžtu būdu, ši kita norma yra tiesioginis tos naujos normos galiojimo pagrindas. Kitos normos kūrimą reguliuojančios normos ir pagal ją kuriamos normos santykį galima metaforiškai pateikti kaip viršenybės ir subordinacijos santykį. Kitos normos kūrimą reguliuojanti norma yra aukštesnė, o pagal ją kuriama norma – žemesnė. Teisinė tvarka yra ne koordinuotų to paties lygmens normų sistema, o skirtingų teisės normų lygmenų hierarchija. Ją vienija ryšys, kurį lemia ta aplinkybė, kad pagal kitą normą sukurtos normos galiojimas grindžiamas ta kita norma, o pastarosios kūrimą savo ruožtu apibrėžia dar kita. Tai – regresija, kuri galiausiai baigiasi preziumuojama pamatine norma. Tad ši pamatinė norma yra aukščiausias normų, sukurtų vienų pagal kitas ir šitaip sudarančių hierarchinę teisinės tvarkos struktūrą, galiojimo pagrindas.

Iš pradžių panagrinėkime nacionalinę teisinę tvarką, kur aukščiausiame pozityviosios teisės lygmenyje yra konstitucija. Konstitucija čia suprantama materialiąja prasme, t. y. kaip konstituciją mes traktuojame pozityviąją normą arba normas, reguliuojančias ben-

drųjų teisės normų kūrimą. Konstituciją galima sukurti papročiu arba ypatingu vieno arba kelių individų aktu, t. y. įstatymų leidybos aktu. Šiuo atveju ji visada yra formuluojama tam tikrame dokumente ir todėl yra vadinama „rašytine“, priešpriešinant ją papročiu sukuriamai „nerašytinei“ konstitucijai. Materialiąją konstituciją iš dalies gali sudaryti rašytinės, o iš dalies – nerašytinės teisės normos. Nerašytinės konstitucijos normas galima kodifikuoti; jeigu tai daro teisėkūros organas ir dėl to tos kodifikuotos normos įgyja saistančiąją galią, jos tampa rašytine konstitucija.

Konstituciją materialiąja prasme reikia skirti nuo konstitucijos formaliąja prasme, būtent nuo dokumento, kuris yra vadinamas „konstitucija“ ir kuris gali apimti ne tik bendrųjų normų kūrimą (t. y. įstatymų leidybą) reguliuojančias normas, bet ir su kitais politiškai svarbiais dalykais susijusias normas, taip pat reguliacines nuostatas, pagal kurias šiame dokumente išdėstytas normas galima panaikinti arba pakeisti, tačiau ne taip, kaip paprastuosius įstatymus, o pagal specialią procedūrą bei laikantis griežtesnių sąlygų. Šios reguliacinės nuostatos yra skirtos konstitucijos formai, o tose reguliacinėse nuostatose nurodomas dokumentas – tai konstitucija formaliąja prasme, kuri gali būti bet kokio pageidaujamo turinio. Šių reguliacinių nuostatų, apsunkinančių konstitucijos formaliąja prasme panaikinimą arba pakeitimą, svarbiausias tikslas – stabilizuoti tas normas, kurios čia vadinamos „materialiąja konstitucija“ ir kurios yra visos nacionalinės teisinės tvarkos pozityvusis teisinis pagrindas.

Šiuolaikinėje teisinėje tvarkoje bendrųjų teisės normų kūrimas (reguliuojamas materialiosios konstitucijos) savo pobūdžiu yra įstatymų leidyba. Konstituciniu įstatymų leidybos reguliavimu apibrėžiami organai, įgalinti kurti bendrąsias teisės normas – įstatymus ir ordonansus. Jeigu teismai yra laikomi įgalintais taikyti dar ir paprotinę teisę, tai daryti konstitucija juos turi įgalinti tokiu pat būdu, kokiu ji juos įgalina taikyti įstatymus. Kitaip tariant, paprotį, susiklostantį iš nacionalinei teisinei tvarkai pavaldžių individų, t. y. „subjektų“, įprasto elgesio, konstitucija turi institucionalizuoti kaip teisėkūros faktą. Jeigu tai, kad teismai taiko paprotinę teisę, yra laikoma legitimiu dalyku, nors rašytinėje konstitucijoje tokio įgalinimo ir nėra, tuomet tokio įgalinimo negalima kildinti iš papročiu sukurtos nerašytinės konstitucijos[84], bet jį reikia *preziumuoti* lygiai taip pat, kaip reikia preziumuoti, jog tam, kad pagal rašytinę konstituciją išleisti įstatymai ir ordonansai būtų laikomi saistančiomis teisės normomis, ji pati savo pobūdžiu turi būti objektyviai galiojanti norma. Tokiu atveju pamatinė norma (konstitucija transcendentaline-logine prasme) institucionalizuoja ne tik įstatymų leidėjo aktą, bet ir paprotį kaip teisėkūros faktą.

Valstybės konstitucija, kaip rašytinė konstitucija, gali turėti ypatingą konstitucijos, t. y. normų, kurias galima pakeisti ne taip, kaip paprastuosius įstatymus, o tik laikantis griežtesnių sąlygų, formą. Bet nebūtinai. Taip nėra, kai nėra rašytinės konstitucijos, kai konstitucija yra sukuriama papročiu ir nėra kodifikuota; tada net normas, kurios savo pobūdžiu yra materialioji konstitucija, galima panaikinti arba pakeisti paprastaisiais įstatymais ar paprotine teise.

[84] Plg. p. 194–195.

Gali būti taip, kad organas, kuris yra specialiai bei formaliai įgalintas kurti, naikinti arba taisyti konstitucinio pobūdžio įstatymus, yra ne tas organas, kuris yra įgalintas kurti, naikinti arba taisyti paprastuosius įstatymus. Pavyzdžiui, pirmąją funkciją gali vykdyti organas (toks kaip konstitucinė nacionalinė asamblėja), nuo antrąją funkciją vykdančio organo besiskiriantis savo sandara ir rinkimų procedūra. Bet paprastai abi šias funkcijas vykdo tas pats organas.

Reguliuodama bendrųjų teisės normų (įstatymų) kūrimą, konstitucija gali apibrėžti ir būsimųjų įstatymų turinį: pozityviosios konstitucijos dažnai tai daro nurodydamos arba eliminuodamos tam tikrą turinį. Pirmuoju atveju paprastai esama tik pažado sukurti įstatymus, o ne pareigos tokius įstatymus sukurti, nes dėl teisinės technikos priežasčių tam tikro turinio įstatymų nesukūrimo negalima lengvai susieti su sankcija. Tačiau tam tikro turinio įstatymų eliminavimą konstitucija gali pasiekti lengviau. Pagrindinių teisių ir laisvių katalogas, paprastai esantis šiuolaikinių konstitucijų sudedamąja dalimi, iš esmės yra bandymas užkirsti kelią tokiems įstatymams. Šis bandymas yra efektyvus, jeigu nustatoma asmeninė tam tikrų tokį įstatymą kuriant dalyvaujančių pareigūnų (kaip antai valstybės vadovo arba ministro) atsakomybė už tokio įstatymo (pavyzdžiui, įstatymo, pažeidžiančio sąžinės laisvę arba lygybę) sukūrimą arba jeigu yra numatoma tokių įstatymų ginčijimo ir panaikinimo galimybė; čia visur remiamasi prezumpcija, kad paprastasis įstatymas neturi galios panaikinti arba pakeisti konstitucinio pobūdžio įstatymą, nes šis apibrėžia paprastojo įstatymo kūrimą bei turinį, ir kad tokį įstatymą galima panaikinti arba pakeisti tik laikantis griežtesnių sąlygų (tokių kaip kvalifikuota dauguma, padidintas kvorumas ir pan.). Vadinasi, savo pačios panaikinimui arba keitimui konstitucija nustato kitokią, sunkesnę procedūrą nei paprastajai įstatymų leidybai, o greta paprastųjų įstatymų formos esama ypatingos konstitucinio pobūdžio įstatymų formos.

b) Įstatymų leidyba ir paprotys

Vienu laipteliu žemiau šioje hierarchijoje po konstitucijos yra bendrosios normos, kuriamos įstatymų leidyba arba papročiu. Šiuolaikinių valstybių konstitucijos institucionalizuoja specialius įstatymų leidybos organus, įgalintus kurti bendrąsias normas, kurias taiko teismai bei administraciniai organai. Po konstitucijos kūrimo lygmens eina paprastųjų įstatymų kūrimo lygmuo, o po jo eina teismo bei administracinių procedūrų lygmuo. Tačiau šie trys lygmenys nebūtinai visada turi būti. Gali būti taip, kad konstitucija nesukuria specialaus įstatymų leidybos organo – ji tiesiogiai įgalina teismus bei administracinius organus kurti tokias normas, kurios, jų manymu, yra tikslingos arba teisingos bei taikytinos konkrečiais atvejais. Tokius atvejus aptarsime vėliau. O dabar panagrinėsime tik įprastą situaciją, kai teisinė tvarka institucionalizuoja specialų įstatymų leidybos organą.

Įstatymų leidybos organo prigimtis yra vienas svarbiausių veiksnių, lemiančių vadinamąją valdymo formą. Jeigu tas organas yra atskiras individas, paveldimas monarchas arba diktatorius, įgijęs valdžią revoliucijos būdu, kalbame apie autokratiją; jeigu tai yra vi-

sų gyventojų susirinkimas arba tautos renkamas parlamentas – apie demokratiją. Tik demokratinė įstatymų leidyba reikalauja reguliacinių nuostatų, apibrėžiančių įstatymų leidybos procedūrą, kuri čia reiškia dalyvavimą tautos susirinkime arba renkant parlamentą, jo narių skaičių, sprendimų priėmimo procedūrą. Visos šios reguliacinės nuostatos yra materialiosios konstitucijos dalis, net jeigu jos kartais turi ne konstitucijos, bet paprastųjų įstatymų formą. Jeigu greta įprasto įstatymų leidybos organo dar yra ir konstitucinė nacionalinė asamblėja ir jeigu pastarojo organo sukurtu konstituciniu įstatymu (pavyzdžiui, įstatymu, keičiančiu įstatymų leidybos procedūrą) įprastas įstatymų leidybos organas yra įgalinamas išleisti rinkimų įstatymą, tai materialiosios konstitucijos lygmuo vėl skyla į du lygmenis.

Įstatymų leidybos būdu sukurtos bendrosios teisės normos – tai sąmoningai nustatytos normos. Aktai, iš kurių susideda įstatymų leidyba, yra normų kūrimo aktai, t. y. jų subjektyvioji prasmė yra „privalomybė“. Įtvirtindama įstatymų leidybos aktą kaip teisėkūros faktą konstitucija šią subjektyviąją prasmę iškelia iki objektyviosios prasmės. Bet kaip teisėkūros faktą konstitucija gali įtvirtinti ir paprotį. Kaip jau sakyta[85], šį faktą apibūdina tai, kad tam tikrai teisinei bendruomenei priklausantys žmonės tokiomis pat aplinkybėmis elgiasi taip pat, kad taip elgiamasi pakankamai ilgą laiką ir kad susiklosto individų, kurių aktai sudaro paprotį, kolektyvinė valia, jog taip elgtis *privalu*. Tada subjektyvioji paprotį sudarančių faktų prasmė yra „privalomybė“, t. y. mintis, kad privalu elgtis pagal paprotį. Tačiau subjektyviąją papročio prasmę galima interpretuoti kaip objektyviai galiojančią teisės normą tik tada, kai šitaip kvalifikuojamą faktą konstitucija institucionalizuoja kaip sukuriantį normą.

Tradiciniame teisės moksle yra daroma prielaida, kad *opinio necessitatis* yra esminis tokių faktų kaip paprotys elementas. Kitaip tariant, paprotį sudarantys aktai turi būti atliekami įsitikinus, kad juos atlikti yra privalu. Bet ši nuomonė preziumuoja tokį individualų arba kolektyvinį valios aktą, kurio subjektyvioji prasmė yra tai, kad privalu elgtis pagal paprotį. Jeigu paprotinė teisė, kaip ir statutinė teisė, yra pozityvioji teisė, tai turi būti ir individualus arba kolektyvinis valios aktas, kurio subjektyvioji prasmė yra „privalomybė“, interpretuojama kaip objektyviai galiojanti norma, kaip paprotinė teisė.

Kaip jau buvo sakyta, teisės taikymo organai taikyti paprotinę teisę gali tik tuo atveju, kai jie yra tam įgalinti. Jeigu tokio įgalinimo nesuteikia konstitucija pozityviąja teisine prasme (t. y. jeigu konstitucija pozityviąja teisine prasme neinstitucionalizuoja papročio kaip teisėkūros fakto), reikia preziumuoti, kad paprotį, kaip teisėkūros faktą, jau yra institucionalizavusi pamatinė norma, kaip „konstitucija“ transcendentaline-logine prasme. O tai reiškia, kad turi būti preziumuojama pamatinė norma, kaip teisėkūros faktą institucionalizuojanti ne tik konstitucijos sukūrimo faktą, bet ir tam tikru būdu kvalifikuojamo papročio faktą.

Taip yra ir tada, kai teisinės bendruomenės konstitucija yra sukurta ne įstatymų leidybos aktu, bet papročiu, ir kai teisės taikymo organai laikomi įgalintais taikyti papro-

[85] Plg. p. 48, 78 ir toliau.

tinę teisę. Šios situacijos negalima interpretuoti taip, tarsi paprotį kaip teisėkūros aktą institucionalizuoja papročiu sukurtoji, t. y. pozityvioji teisinė, konstitucija. Tai būtų *petitio principii*. Juk jeigu pozityviąją teisinę konstituciją, t. y. normą, reguliuojančią bendrųjų normų kūrimą, galima sukurti papročiu, tai jau turi būti preziumuojama, kad paprotys yra teisėkūros faktas. Tokia prezumpcija gali būti tik pamatinė norma, t. y. konstitucija transcendentaline-logine prasme. Tuomet susiduriame su jau minėtu faktu[86], kad pamatinė norma nenurodo tiesiogiai konstitucijos pozityviąja teisine prasme ir tik netiesiogiai nurodo pagal tą konstituciją sukurtą teisinę tvarką, užtat *tiesiogiai* nurodo papročiu sukurtą teisinę tvarką. Tai pirmiausia pasakytina apie bendrosios tarptautinės teisės, kurios normos yra kuriamos tarptautiniu papročiu, o jas taiko atskirų valstybių organai, pamatinę normą.

Statutinė teisė ir paprotinė teisė viena kitą panaikina pagal *lex posterior* principą. Nors konstitucinę teisę formaliąja prasme galima naikinti ne paprastuoju įstatymu, o tik konstituciniu įstatymu, bet paprotinė teisė turi naikinamąją galią formaliosios konstitucinės teisės atžvilgiu – net tokios formaliosios konstitucinės teisės, kuri eksplicitiškai eliminuoja paprotinės teisės taikymą.

Požiūriui, kad paprotys yra teisėkūros faktas, oponuoja kitas požiūris, kad šis faktas yra ne konstitutyvaus, o tik deklaratyvaus pobūdžio; pasak Savigny: „Paprotys yra pozityviosios teisės ženklas, o ne jos atsiradimo pagrindas“[87]. Šitaip tik išreiškiama vokiečių Istorinės Mokyklos teorija, pagal kurią teisė kuriama ne įstatymų leidybos būdu ir ne papročiu, bet tik Tautos Dvasia (*Volksgeist*), o kiekvienas iš šių metodų tik patvirtina iki tol jau galiojusios teisės buvimą. Tą pačią mintį reiškia prancūzų sociologinė teorija, bet skirtumas čia tas, kad teisę kuria ne *Volksgeist*, o *solidarité sociale* (Leon Duguit, *L'Etat, le droit objektif et la loi positive*, 1901, p. 80 ff., 616).

Pagal abi šias teorijas teisė, kurią įstatymų leidyba arba paprotys tik deklaruoja (bet nesukuria), gali pretenduoti į galiojimą dėl to, kad (ir tik tiek, kiek) ji atgamina iki tol buvusią teisę. Abi teorijos tėra prigimtinės teisės doktrinos atmainos, o šios dualizmą (kur vieną teisę kuria prigimtis, o kitą kuria žmogus) čia atspindi toks dualizmas, kur viena teisė yra *Volksgeist* arba *solidarité sociale* produktas, o kitą teisę atgamina įstatymų leidyba arba paprotys. Tai, kas buvo pasakyta prieš prigimtinės teisės doktriną, tinka ir šioms dviem teorijoms. Pozityvistinės teisės teorijos, negalinčios tarti nei kad esama kažkokios įsivaizduojamos *Volksgeist*, nei tokio pat įsivaizduojamo *solidarité sociale*, požiūriu papročio konstitutyvi, t. y. teisėkūros, funkcija yra tokia pat neabejotina, kaip ir konstitutyvi įstatymų leidybos funkcija.

Klausimą, ar esama teisę kuriančio papročio, gali spręsti tik teisės taikymo organas. Šiuo faktu kartais būdavo grindžiama doktrina, kad paprotinį žmonių elgesį išreiškianti taisyklė tampa teisės norma tik šią taisyklę pripažinus ją taikančiam teismui, todėl paprotinės teisės normas kuria teismai. Vis dėlto teisės taikymo organo (ypač teismo) santykis

[86] Plg. p. 177.
[87] „Gewohnheit [ist] das Kennzeichen des positiven Rechts, nicht dessen Entstehungsgrund." Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, p. 35.

su paprotine teise nesiskiria nuo jos santykio su statutine teise. Juk organas, turintis taikyti papročiu sukurtą normą, papročio faktą nustato (t. y. sprendžia klausimą, ar norma, kurią jis rengiasi taikyti, iš tikrųjų buvo sukurta papročiu) visiškai taip pat, kaip organas, turintis taikyti įstatymų leidybos būdu sukurtą normą, nustato įstatymų leidybos faktą (t. y. sprendžia klausimą, ar norma, kurią ji rengiasi taikyti, iš tikrųjų buvo sukurta įstatymų leidybos būdu). Atsakyti į pastarąjį klausimą gali būti lengviau (ypač kai įstatymai yra skelbiami oficialiame leidinyje), tad šiems organams jis gali rūpėti mažiau nei klausimas, ar norma buvo sukurta papročiu. Vis dėlto teisės taikymo organo funkcija – būtent išsiaiškinti, ar norma, kurią reikia taikyti (t. y. jos konstitucinį sukūrimą), abiem atvejais yra ta pati. Ir abiem atvejais yra bendrosios teisės norma, sukurta iki teisės taikymo akto. Tiesa, teisės taikymo organo atliekamas šio fakto nustatymas savo pobūdžiu yra konstitutyvus, ir mes turėsime progą tai aptarti plačiau; bet šis konstitutyvus nustatymas turi grįžtamąją galią. Šis faktas laikomas esančiu nuo teisės taikymo organo nustatyto laiko, o ne nuo nustatymo laiko[88].

Paprotinės teisės galiojimas teisinėje bendruomenėje yra ribojamas tiek, kiek bendrąsias papročiu sukurtas normas galima taikyti tik per statutinę teisę, kitaip tariant, per sprendimus, išreiškiančius teisės taikymo organų (ypač teismų) aktais sukurtas individualiąsias normas. Įstatymų leidybos organo teisėkūros funkcija nuo teismo teisėkūros funkcijos skiriasi tuo, kad pirmojo sukurtos normos paprastai yra bendro, o antrojo – individualaus pobūdžio[89].

Politiškai svarbus statutinės teisės ir paprotinės teisės skirtumas yra tas, kad pirmoji kuriama pagal santykinai centralizuotą, o antroji – pagal santykinai decentralizuotą procedūrą. Įstatymus kuria specialūs šiam tikslui paskirti organai, funkcionuojantys pagal darbo pasidalijimo principą. Tuo tarpu paprotinės teisės normos kuriamos teisinei tvarkai pavaldžių individų elgesiu. Pirmuoju atveju normų kūrimo autoritetas ir normoms pavaldūs individai nėra tapatūs, o antruoju jie tokie yra bent iš dalies. Kad būtų tariama, jog esama tam tikro papročio kaip teisėkūros fakto, nebūtina, kad visi šiuo papročiu sukurtos normos įpareigoti arba pagal ją turintys teisę individai dalyvautų tą paprotį kuriant; pakanka, kad tai darytų didžioji dauguma; tad gali būti, kad individus saisto tokia papročiu sukurta norma, prie kurios kūrimo jie neprisidėjo. Tai pirmiausia pasakytina apie tas paprotinės teisės normas, kurios įsigaliojo prieš kurį laiką. Dėl to neteisinga paprotinę teisę interpretuoti kaip „implicitinę sutartį“ (kaip kartais daroma), ypač kalbant apie tarptautinę paprotinę teisę.

c) Įstatymas ir ordonansas

Konstitucijos reguliuojamų bendrųjų teisės normų kūrimo lygmuo paprastai skirstomas į du arba daugiau lygmenų. Čia nurodome tik įstatymų ir ordonansų skirtumą; jis ypač svarbus tada, kai kurti bendrąsias normas (įstatymus) apskritai konstitucija patiki

[88] Plg. p. 203.
[89] Plg. § 35g.

tautos renkamam parlamentui, bet leidžia administraciniams organams leisti bendrąsias normas, smulkiai detalizuojančias įstatymus, arba kai ji įgalina vyriausybę, o ne parlamentą, ypatingomis aplinkybėmis leisti visas reikalingas arba tam tikras bendrąsias normas. Administracinės valdžios leidžiamos bendrosios normos vadinamos ordonansais, jos gali arba detalizuoti įstatymus, arba juos pakeisti. Pastarieji vadinami ordonansais, turinčiais įstatymo galią. Tad panašiai, kaip esama ypatingos konstitucijos formos, esama ir ypatingos įstatymų formos. Mes kalbame apie teisę formaliąja prasme ir ją skiriame nuo teisės materialiąja prasme. Antruoju būdu įvardijama bet kuri bendroji teisės norma; pirmuoju – arba bendroji įstatymo formą turinti teisės norma (t. y. bendroji parlamento priimta ir tam tikru daugumos konstitucijų apibrėžiamu būdu paskelbta teisės norma), arba, priešingai, bet koks šia forma išreiškiamas turinys. Tad terminas „teisė formaliąja prasme" yra dviprasmis. Nedviprasmė yra tik įstatymų formos sąvoka, kuria galima įvardyti ne tik bendrąsias normas, bet ir kitokį turinį, net tą, kuris savo subjektyviąja prasme apskritai nėra norma. Tokiu atveju turime reikalą su teisiškai nerelevantišku įstatymo turiniu. Tai jau aptarėme kitame kontekste[90].

d) Materialioji ir formalioji teisė

Aktais, kuriais siekiama kurti teisę (įstatymais ir ordonansais), sukurtas bendrąsias teisės normas ir papročiu sukurtas bendrąsias teisės normas turi taikyti organai, turintys kompetenciją vykdyti šią funkciją, t. y. teismai ir administracinės institucijos. Šiuos teisės taikymo organus turi numatyti teisinė tvarka, t. y. turi būti nustatyta, kokiomis sąlygomis tam tikras individas funkcionuoja kaip teisėjas arba administracinis organas. Be to, reikia apibrėžti šios funkcijos (bendrųjų normų taikymo) vykdymo procedūrą. Kad būtų taikoma konkrečiu atveju, bendroji norma, abstrakčiai apibrėžtą faktą susiejanti su abstrakčiai apibrėžtu padariniu, turi būti individualizuojama. Reikia nustatyti, ar tam tikras faktas, bendrosios normos apibrėžiamas *in abstracto*, yra ir *in concreto*; ir šiuo konkrečiu atveju turi būti įsakomas, o paskui vykdomas konkretus prievartos aktas, kurį bendroji norma taip pat apibrėžia *in abstracto*. Dėl to bendrosios normos taikymas konkrečiu atveju yra individualiosios normos sukūrimas, t. y. bendrosios normos „individualizavimas" arba „konkretinimas". Vadinasi, taikomos bendrosios normos funkcija gali būti ir teismo arba administracinės institucijos aktu kuriamos individualiosios normos turinio apibrėžimas. Tad teismo arba administracinių organų taikomos bendrosios normos vykdo dvejopą funkciją: 1) jos apibrėžia šiuos organus bei procedūras, kurių jie privalo laikytis; 2) jos apibrėžia pagal teisminę arba administracinę procedūrą kuriamų individualiųjų normų turinį.

Šias dvi funkcijas atitinka dvi teisės normų kategorijos, kurios paprastai yra skiriamos: formaliosios teisės normos ir materialiosios teisės normos. Formalioji teisė – tai bendrosios normos, reguliuojančios teismų ir administracinių institucijų organizaciją bei procedūras, konkrečiai – civilinį, baudžiamąjį ir administracinį procesą. Materialioji teisė – tai

[90] Plg. § 6d.

bendrosios normos, apibrėžiančios teismo bei administracinių aktų turinį ir vadinamos civiline teise, baudžiamąja teise ir administracine teise, nors normos, reguliuojančios teismų ir administracinių agentūrų procedūras, nė kiek ne mažiau yra civilinė teisė, baudžiamoji teisė ir administracinė teisė. Be to, kalbant apie šių organų taikomas normas paprastai turimos galvoje tik materialioji civilinė teisė, baudžiamoji teisė ir administracinė teisė, nors materialiosios civilinės, baudžiamosios bei administracinės teisės negalima taikyti kartu netaikant formaliosios (proceso) teisės. Materialioji ir formalioji teisė yra viena su kita neatskiriamai susijusios. Tik jų organiškas junginys sudaro teisę, reguliuojančią savo pačios kūrimą ir taikymą. Kiekvienoje šią teisę aprašančioje teisės taisyklėje turi būti ir formalusis, ir materialusis elementai. Baudžiamosios teisės normą aprašančią teisės taisyklę reikia formuluoti maždaug šitaip (tačiau čia ji gerokai supaprastinama): „Jeigu individas padarė bendrosios teisės normos apibrėžtą nusikaltimą, tai bendrosios teisės normos numatytas organas (teismas), laikydamasis bendrosios teisės normos nustatytos procedūros, privalo skirti tos normos apibrėžtą sankciją.“ Toliau matysime, kad reikia dar sudėtingesnės formuluotės, būtent: „Jeigu organas, kuris tam reikalui buvo numatytas jį apibrėžiant bendrojoje teisės normoje, laikydamasis bendrosios teisės normos apibrėžtos procedūros, nustatė, kad esama faktų, kuriuos bendroji teisės norma susieja su tam tikra sankcija, tai šis organas, laikydamasis bendrosios normos nustatytos procedūros, privalo skirti minėtos normos apibrėžtą sankciją.“ Taigi toks teisės taisyklės formulavimas atskleidžia (ir tai yra esminė teisę aprašančios teisės taisyklės funkcija) sisteminę vadinamosios formaliosios ir vadinamosios materialiosios teisės (t. y. delikto ir sankcijos apibrėžimo, viena, ir teisės taikymo organo bei jo procedūrų apibrėžimo, kita) sąsają.

Bendrųjų teisės normų santykis su jų taikymu, kai tai daro teismai arba administraciniai organai, yra iš esmės toks pat, kaip konstitucijos santykis su jos apibrėžiamų bendrųjų normų kūrimu. Bendrųjų teisės normų kūrimas yra konstitucijos taikymas ta pačia prasme, kuria bendrųjų teisės normų taikymas, kai tai daro teismo arba administraciniai organai, yra individualiųjų teisės normų kūrimas. Kaip įstatymų leidybos būdu arba papročiu sukurtas bendrąsias teisės normas formaliai, o galbūt net materialiai, apibrėžia konstitucijos normos (t. y. aukštesnio lygmens normos), lygiai taip pat ir teismo arba administraciniais aktais kuriamas normas apibrėžia (materialiai bei formaliai) bendrosios statutinės arba paprotinės teisės normos (t. y. aukštesnio lygmens normos). Tačiau formaliųjų ir materialiųjų elementų santykis skiriasi šiais dviem atvejais. Konstitucija (materialiąja šio žodžio prasme) paprastai apibrėžia tik įstatymų leidybos organus bei procedūras, o nustatyti įstatymų turinį palieka įstatymų leidybos organams. Būsimų įstatymų turinį konstitucija, eliminuodama tam tikrą turinį, apibrėžia tik išimtiniais atvejais (ir paprastai tik negatyvia prasme).

O kalbant apie papročio teisėkūrą, tai konstitucija gali deleguoti tik procedūrą, apibūdinamą kaip „paprotys“. Konstitucija negali eliminuoti jokio papročiu sukurtų teisės normų turinio, nes papročiu sukurtos teisės normos gali pakeiti pačią konstituciją – net formaliąją, rašytinę konstituciją. Tačiau pagal konstituciją sukurtos bendrosios teisės normos apibrėžia ne tik jų taikymo organus bei taikymo procedūras, bet ir (tiesa, skirtingu

laipsniu) teismų sprendimuose bei administraciniuose dekretuose įtvirtintų individualiųjų normų turinį. Baudžiamojoje teisėje teismo sprendimų turinio išankstinis apibrėžimas paprastai yra nužengęs taip toli, kad baudžiamojo teismo diskrecija kurti ir savo sprendime įtvirtinti individualiąją teisės normą yra santykinai ribota. Administracinėje teisėje ta diskrecija paprastai yra plati. Kitaip tariant, konstitucija savo pobūdžiu pirmiausia yra formalioji teisė, o iškart po jos einantis žemesnis teisėkūros lygmuo savo pobūdžiu yra ir formalioji, ir materialioji teisė.

e) Vadinamieji teisės šaltiniai

Įstatymų leidyba ir paprotys dažnai vadinami dviem „teisės“ „šaltiniais“ (čia teise laikomos tik bendrosios nacionalinės teisės normos). Bet individualiosios normos taip pat yra „teisė“, jos yra teisinės tvarkos elementai lygiai tiek pat, kiek ir bendrosios normos, kurių pagrindu jos kuriamos. O kalbant apie tarptautinę teisę, tai šios teisės „šaltiniu“ galima laikyti tik paprotį bei sutartį, ne įstatymų leidybą.

Teisės šaltinis tėra metafora, turinti daugiau nei vieną reikšmę. Ji gali nusakyti tik čia paminėtus teisėkūros būdus, bet gali reikšti ir visus teisėkūros būdus arba kiekvieną aukštesnę teisės normą jos santykio su žemesne norma, kurios kūrimą ji reguliuoja, aspektu. Todėl „teisės šaltinis“ gali nusakyti ir teisės galiojimo pagrindą, ypač galutinį pagrindą, t. y. pamatinę teisinės tvarkos normą. Tačiau faktiškai „šaltiniu“ vadinamas tik pozityvusis teisės normos galiojimo pagrindas, t. y. jos kūrimą reguliuojanti aukščiausia pozityviosios teisės norma. Šiuo atžvilgiu konstitucija yra įstatymų leidybos būdu arba papročiu kuriamų bendrųjų teisės normų šaltinis; bendroji teisės norma yra šią bendrąją normą taikančio teismo sprendimo (t. y. individualiosios normos) šaltinis; tuo tarpu patį teismo sprendimą galima laikyti šiuo sprendimu sukurtų besiginčijančių šalių pareigų bei teisių šaltiniu arba organo, turinčio vykdyti šį sprendimą, įgalinimo šaltiniu. Pagal pozityvistinę teisės teoriją teisės šaltiniu gali būti tik teisė.

Tačiau šis posakis vartojamas ir neteisine prasme – tada, kai juo įvardijami visi tie pradai, kurie faktiškai daro įtaką teisėkūros arba teisės taikymo funkcijai, kaip antai: moralės ir politikos principai, teisės teorijos, specialistų nuomonės. Šiuos šaltinius reikia skirti nuo šaltinių pozityvistinės teisės teorijos prasme. Jie skiriasi štai kuo: antrieji yra teisiškai saistantys, o pirmieji – ne, nebent pozityvioji teisės norma juos padarytų teisės šaltiniais, t. y. padarytų juos privalomais. Tačiau tada jie tampa aukštesne teisės norma, apibrėžiančia žemesnės normos kūrimą. Dėl šio savo dviprasmiškumo terminas „teisės šaltinis“ ne itin tinka mokslinei diskusijai. Matyt, šią metaforą verta pakeisti tokiu terminu, kuris nevienareikšmiai apibūdintų tą teisinį reiškinį, kuris turimas galvoje.

f) Teisėkūra, teisės taikymas ir teisės laikymasis

Kaip jau sakyta, teisinė tvarka yra bendrųjų ir individualiųjų normų sistema, sudaryta taip, kad kiekvienos šios sistemos normos kūrimą apibrėžia kita norma ir galiausiai – pamatinė norma. Norma yra teisės sistemos dalis vien dėl to, kad buvo sukurta pagal kitos

šios tvarkos normos reikalavimus. Ši regresija galiausiai veda prie preziumuojamos pamatinės normos, kuri nėra sukurta pagal kitos normos reikalavimus. Kalbėdami ne tik apie teisinę tvarką, bet ir apie teisinę bendruomenę (kurią toji tvarka konstituoja), galime sakyti, kad teisės norma yra tam tikros teisinės tvarkos dalis, jeigu ją sukūrė tos bendruomenės organas, taigi bendruomenė. Bet normą sukūręs individas yra teisinės bendruomenės organas todėl, kad (ir tiek, kiek) šią jo funkciją apibrėžia teisinės tvarkos norma, kuri konstituoja tą bendruomenę ir kurią dėl to galima tai bendruomenei priskirti[91]. Teisėkūros funkcijos priskyrimas teisinei bendruomenei grindžiamas vien šią funkciją apibrėžiančia teisės norma. Kaip teisinė bendruomenė yra tik teisinė tvarka, lygiai taip pat ir teiginys, jog tam tikra norma priklauso teisinei tvarkai todėl, kad ją sukūrė teisinės bendruomenės organas, reiškia tik tai, kad toji norma priklauso tai teisinei tvarkai dėl to, kad buvo sukurta pagal šios teisinės tvarkos normos reikalavimus ir galiausiai – pagal pamatinę šios teisinės tvarkos normą. Tai svarbu suvokti, ypač kai kalbama apie nacionalinę teisinę tvarką, – vadinasi, kai teisinė bendruomenė yra valstybė; tai svarbu norint suprasti, ką reiškia įprastas tvirtinimas, jog teisę kuria būtent valstybė.

Norma, apibrėžianti kitos normos kūrimą, yra taikoma kuriant tą kitą normą. Teisės taikymas kartu yra ir teisėkūra. Šios dvi sąvokos nėra visiškai priešingos viena kitai, kaip taria tradicinė teorija. Nėra visiškai teisinga teisėkūros aktus atskirti nuo teisės taikymo aktų. Juk be ribinių atvejų, t. y. pamatinės normos preziumavimo ir prievartos akto vykdymo, tarp kurių ir vyksta teisinis procesas, kiekvienas teisinis aktas kartu yra ir aukštesnės normos taikymas, ir žemesnės normos kūrimas. Jeigu nacionalinė teisinė tvarka yra nagrinėjama atsietai nuo aukštesnės tarptautinės teisinės tvarkos, tai pamatinė norma faktiškai apibrėžia konstitucijos kūrimą, pati nesuponuodama aukštesnės normos taikymo. Bet konstitucija kuriama taikant pamatinę normą. Taikant konstituciją sukuriamos (įstatymų leidybos būdu arba papročiu) bendrosios teisės normos; o taikant šias bendrąsias normas sukuriamos teismų sprendimų bei administracinių dekretų individualiosios normos. Ir tik šių individualiųjų normų – paskutinio teisėkūros proceso akto – nustatyto prievartos akto vykdymas yra individualiųjų normų taikymas, pats nesuponuojantis normos sukūrimo. Vadinasi, teisės taikymas yra žemesnės normos kūrimas aukštesnės normos pagrindu arba normos įgalinto prievartos akto vykdymas.

Jau buvo pažymėta, kad aukštesnė norma žemesnės normos kūrimą gali apibrėžti dviem kryptimis: aukštesnė norma gali apibrėžti žemesnės normos kūrimo organą ir jos kūrimo procedūrą, bet ji gali apibrėžti ir tos normos turinį. Net jeigu aukštesnė norma apibrėžia tik organą, t. y. individą, kuris turi sukurti žemesnę normą, o ir procedūrą, ir kuriamos normos turinį palieka šio organo diskrecijai, vis tiek kuriant žemesnę normą yra taikoma aukštesnioji. Organo apibrėžimas yra tas minimumas, kurį reikia pasiekti aukštesnės normos santykyje su žemesne norma. Juk normos, kurios kūrimo neapibrėžia aukštesnė norma, negalima traktuoti kaip normos, sukurtos neperžengiant tam tikros teisinės tvarkos ribų, vadinasi, ji negali būti ir tos tvarkos dalis; o jeigu teisinės tvarkos norma neapibrė-

[91] Žr. § 30c.

žia individo, t. y. jeigu tokia aukštesnė norma jo neįgalina vykdyti jo funkcijos, tai ir individo negalima traktuoti kaip teisinės bendruomenės organo (t. y. jo funkcijos negalima priskirti bendruomenei). Kiekvienas teisėkūros aktas turi būti ir teisės taikymo aktas: kad jį būtų galima laikyti teisinės bendruomenės aktu, jis turi būti ankstesnės teisės normos taikymo aktas. Tad net tuo atveju, kai aukštesnė norma apibrėžia tik personalinį elementą, individą, turintį vykdyti teisėkūros funkciją, vis tiek teisėkūrą reikia suvokti kaip teisės taikymą. Ši aukštesnė norma, t. y. norma, apibrėžianti organą, yra taikoma kiekvienu to organo aktu. Net ir idealioje Platono valstybėje, kurioje teisėjai visas bylas gali spręsti vien savo nuožiūra, nevaržomi jokių įstatymų leidėjo sukurtų bendrųjų normų, bet kuris sprendimas yra bendrosios normos, apibrėžiančios, kokiomis sąlygomis tam tikras individas yra įgalinamas veikti kaip teisėjas, taikymas. Tik tokios normos pagrindu jį galima traktuoti kaip tos idealios valstybės teisėją; tik tada jo sprendimą, priimtą šioje idealioje valstybėje, galima priskirti šiai valstybei.

Žemesnės normos kūrimą aukštesnė norma gali apibrėžti įvairiais laipsniais. Bet šis apibrėžtumas niekuomet negali būti toks silpnas, kad to akto būtų negalima laikyti teisės taikymo aktu, ir negali nužengti taip toli, kad to akto būtų negalima laikyti teisėkūros aktu. Net jeigu (kaip įstatymo pagrindu priimto teismo sprendimo atveju) apibrėžiami ne tik organas ir procedūra, bet ir priimamo sprendimo turinys, tai vis tiek yra ne tik teisės taikymas, bet ir teisėkūra. Ar tam tikras aktas savo pobūdžiu yra teisėkūra, ar teisės taikymas, priklauso nuo to, kokiu laipsniu teisinė tvarka iš anksto apibrėžia tą aktą vykdančio organo funkciją. Bet esama ir tokių aktų, kurie yra tik teisės taikymas, o ne teisėkūra. Tai jau minėti teisės normų įgalintos prievartos vykdymo aktai. Esama ir tokio pozityviosios teisės kūrimo akto, kuris nėra pozityviosios teisės normos taikymas; tai istoriškai pirmosios konstitucijos išleidimas, kai taikoma ne pozityviai sukurta, o preziumuojama pamatinė norma.

Teisėkūrą ir teisės taikymą reikia skirti nuo teisės laikymosi. Teisės laikymasis – tai toks elgesys, kurio priešybė susiejama su sankcija kaip prievartos aktu. Tai pirmiausia toks elgesys, kuriuo išvengiama sankcijos; tai sankcijos konstituojamos teisinės pareigos atlikimas. Teisėkūra, teisės taikymas ir teisės laikymasis yra „teisės funkcijos" plačiausia šio termino prasme. Naudojimąsi pozityviu leidimu taip pat galima traktuoti kaip teisės laikymąsi. O siauresne, specifine šio termino prasme „teisės funkcijomis" vadinami tik teisėkūra ir teisės taikymas.

g) Jurisdikcija

Konstitutyvus teismo sprendimo pobūdis

Tradicinė jurisprudencija teisės taikymą įžvelgia pirmiausia (o gal tik) civilinių arba baudžiamųjų teismų sprendimuose. Iš tikrųjų, šie teismai, spręsdami ginčą arba skirdami bausmę nusikaltėliui, paprastai taiko įstatymų leidybos būdu arba papročiu sukurtas bendrąsias teisės normas. Bet, kaip sakyta, teisė taikoma ir kuriant bendrąsias teisės normas, administracijos pareigūnams leidžiant dekretus bei (tai aptarsime vėliau) sudarant teisi-

nius sandorius; o teismai bendrąsias teisės normas taiko kurdami individualiąsias normas, kurių turinį apibrėžia bendrosios normos, įgalinančios konkrečią sankciją – civilinį išieškojimą arba bausmę.

Į teismų kuriamas individualiąsias normas žvelgiant teisės dinamikos aspektu, jų kūrimas yra proceso, kuris prasideda konstitucijos sukūrimu, per įstatymų leidybą arba paprotį eina link teismo sprendimo bei pasibaigia sankcijos įvykdymu, pereinamoji stadija. Šiame procese teisė vis atsinaujina, vystosi iš bendrybės (abstraktumo) į atskirybę (konkretumą); tai yra nuolatinio individualizavimo ir konkretinimo procesas.

Norėdamas individualizuoti bendrąją normą, teismas iš pradžių turi nustatyti, ar toje byloje *in concreto* yra tos sankcijos sąlygos, kurios bendrojoje normoje yra apibrėžtos *in abstracto*. Toks nustatymas apima taikytinos bendrosios normos buvimo nustatymą, t. y. nustatymą, jog galioja bendroji norma, turimus faktus susiejanti su sankcija. Teismas turi spręsti *quaestio juris* ir *quaestio facti*. Nustatęs šiuos du dalykus teismas turi *in concreto* paskirti sankcijas, bendrosios normos nustatytas *in abstracto*. Šis nustatymas ir paskyrimas yra esminės teismo sprendimo funkcijos. Šiuo aspektu sprendimas civilinėje byloje šiek tiek skiriasi nuo sprendimo baudžiamojoje byloje: pirmuoju sprendimu konkreti sankcija paprastai skiriama sąlygiškai. Civilinis teismas priteisia atsakovui kažką atlikti ieškovo atžvilgiu, o sankciją paskiria tik su ta sąlyga, kad tai nebus atlikta per tam tikrą laiką. O bausmė paprastai skiriama besąlygiškai, nors ir ji gali būti sąlygiška tiek, kiek jos vykdymas padaromas priklausomas nuo to, ar nuteistasis asmuo per nustatytą laiką nepadarys kito delikto.

Teismo sprendimas nėra vien deklaratyvaus pobūdžio, kaip kartais manoma. Teismas ne vien „atranda" jau visiškai sukurtą teisę (vok. *das Recht finden*); teismo funkcija nėra vien juris-„dictio", t. y. teisės paskelbimas šia deklaravimo prasme. Teisės atradimo čia esama tik tiek, kiek yra nustatoma konkrečioje byloje taikytina bendroji norma, ir net šis nustatymas yra konstitutyvaus, ne vien deklaratyvaus, pobūdžio. Teismas, turintis konkrečioje byloje taikyti galiojančias bendrąsias teisinės tvarkos normas, turi spręsti klausimą, ar taikytina norma yra konstitucinė, t. y. ar ji buvo sukurta laikantis konstitucijos apibrėžtos įstatymų leidybos procedūros arba konstitucijos leistu papročiu[92]. Šis teismo nustatomas faktas yra tokia pat sankcijos, teismo skiriamos konkrečioje byloje, sąlyga, kaip ir teismo nustatomas delikto padarymo faktas. Šią situaciją (pavyzdžiui, kai taikoma demokratinės teisinės tvarkos baudžiamoji teisė) apibūdina tokia teisės taisyklė: jeigu konstituciškai išrinktas parlamentas, laikydamasis konstitucijos nustatytos procedūros, išleido įstatymą, pagal kurį už tam tikrą elgesį, kaip už nusikaltimą, privalo būti tam tikru būdu baudžiama, ir jeigu teismas nustatė, kad tam tikras individas taip pasielgė, tai teismas privalo skirti įstatymo numatytą bausmę. Ši teisės taisyklės formuluotė atskleidžia vadinamosios konstitucinės teisės, t. y. normų, reguliuojančių bendrųjų teisės normų kūrimą, vietą teisinės tvarkos struktūroje. Tos normos nėra nepriklausomos, baigti-

[92] Apie pozityviosios teisės nustatomus šios teismų ir kitų teisės taikymo organų teisės apribojimus plg. § 35j, poskyrį „„Antikonstitucinis" įstatymas".

nės, nes apibrėžia tik vieną iš kitų normų numatomo prievartos akto sąlygų. Jos yra teisės normos tik kartu su tomis kitomis normomis. Todėl ta aplinkybė, kad konstitucinės teisės normos nenumato prievartos aktų, nėra pakankamas pagrindas atmesti (kaip kartais daroma) teisės apibrėžimą kaip prievartinės tvarkos. Normą taikyti konkrečioje byloje pasidaro įmanoma tik dėl to, kad teismo sprendimas implikuoja tai, jog yra nustatytas teismo taikomos bendrosios normos galiojimas (o galioja ji tuo atveju, kai buvo sukurta pagal konstituciją); šitaip šioje byloje sukuriama tokia teisinė situacija, kurios iki to sprendimo nebuvo.

Vargu ar bereikia įrodinėti, jog konkrečios sankcijos skyrimas yra konstitutyvaus pobūdžio. Individualioji norma, nustatanti, kad į tam tikrą individą privalo būti nukreipta tam tikra sankcija, yra sukurta teismo sprendimu; iki tol jos nebuvo. Ir tik teismo sprendimo normatyvinės funkcijos nesuvokimas, tik išankstinė nuostata, kad teisė susideda vien iš bendrųjų normų, tik individualiųjų teisės normų buvimo ignoravimas neleidžia matyti, kad teismo sprendimas yra teisėkūros proceso tęsinys, ir tai skatina klaidingai manyti, jog jis vykdo tik deklaravimo funkciją.

Svarbu suvokti, kad net delikto padarymo fakto nustatymas išreiškia grynai konstitutyvią teismo funkciją. Jeigu teisinė tvarka tam tikrą faktą, kaip sąlygą, susieja su tam tikru padariniu, ši tvarka turi apibrėžti ir organą, turintį nustatyti sąlygojančiojo fakto buvimą konkrečiu atveju, bei procedūrą, pagal kurią tai daroma. Teisinė tvarka gali tą organą įgalinti apibrėžti šią procedūrą savo nuožiūra; bet kad bendrąją normą būtų galima taikyti konkrečiu atveju, ir organą, ir procedūrą turi nustatyti (tiesiogiai arba netiesiogiai) pati teisinė tvarka. Dėl fakto, kurį teisinė tvarka apibrėžia kaip tam tikro padarinio sąlygą, tai pirmasis klausimas, kurį turi kelti teisininkas, yra klausimas, kuris organas konkrečiu atveju yra kompetentingas (pagal teisinę tvarką) šį faktą nustatyti ir kokią procedūrą nustato teisinė tvarka. Tik per tokį nustatymą faktas patenka į teisės domeną, tik tada gamtinis faktas tampa teisiniu faktu, t. y. jis yra sukuriamas kaip teisinis faktas. Į prieštaravimą: „Momentas, nuo kurio teisinis faktas laikomas esančiu, yra tapatus gamtinio fakto įvykimo momentui“ galima atsakyti teiginiu: „Fakto nustatymas, kai tai daro teisės taikymo organas, turi grįžtamąją galią.“ Faktas yra laikomas įvykusiu ne jo nustatymo momentu, o teisės taikymo organo apibrėžtu momentu, t. y. tuo momentu, kuriuo, kaip nustatė teisės taikymo organas, tas gamtinis faktas įvyko. Tad sąlygojančiojo fakto nustatymas, kai tai daro teismas, yra konstitutyvus bet kuria prasme. Jeigu bendroji teisės norma nužudymą susieja su bausme, tuomet teiginys, jog faktas, kad individas įvykdė nužudymą, yra sankcijos sąlyga, šią situaciją apibūdina neteisingai. Teisinės tvarkos nustatytoji sąlyga yra ne savaime pats faktas, kad individas įvykdė nužudymą, o tas faktas, kad teisinės tvarkos įgalintas organas pagal teisinės tvarkos nustatytą procedūrą nustatė, kad individas įvykdė nužudymą. Jeigu sakoma: „Teismas nustatė, kad tą nužudymą įvykdė tam tikras individas, nors „iš tikrųjų“ jis jo neįvykdė“, arba jeigu sakoma: „Teismas nustatė, kad to nužudymo tam tikras individas neįvykdė, nors „iš tikrųjų“ jis jį įvykdė“, vadinasi, teismas nustatė, kad įvyko (arba neįvyko) toks faktas, kuris, individų, neturinčių teisinės kompetencijos tai nustatyti, nuomone, neįvyko (arba įvyko).

Teisinės tvarkos, kurią turi taikyti tam tikri individai, požiūriu relevantiškos yra tik šių individų nuomonės, ar tas individas įvykdė nužudymą. Šios nuomonės būna daugiau ar mažiau pagrįstos, jos gali prieštarauti viena kitai, pats įtariamasis individas gali šį faktą pripažinti arba neigti. Bet tam, kad būtų galima taikyti bendrąją teisės normą, lemiamą reikšmę turėti gali tik *viena* nuomonė. O kuri, turi apibrėžti teisinė tvarka. Šią nuomonę išreiškia teismo sprendimas. Tik ji yra teisiškai relevantiška, visų kitų nuomonės yra nerelevantiškos. Vis dėlto jeigu šalys, kurias teisinė tvarka įgalina paduoti apeliaciją, mano, jog teismo sprendime nurodomas sąlygojantysis faktas buvo nustatytas klaidingai, jos gali šį sprendimą ginčyti apeliacijos tvarka. Tai reiškia, kad *subjektyvioji* tokio sprendimo akto prasmė dar nebūtinai turi būti galutinai akceptuojama kaip jos *objektyvioji* prasmė. Subjektyvioji šio akto prasmė galutinai taps jo objektyviąja prasme tik tada, kai teismo sprendimas įgis galutinio sprendimo galią, t. y. tada, kai jo jau nebus galima panaikinti tolesniais procesiniais veiksmais. Tokiu atveju nuomonė, kad buvo nuteistas nekaltas individas, yra teisiškai eliminuojama. Taip yra todėl, kad teisės taisyklė nesako: „Jeigu tam tikras individas įvykdė nužudymą, jam privalu skirti bausmę." Teisės taisyklė sako: „Jeigu teisinės tvarkos įgalintas teismas, laikydamasis šios tvarkos apibrėžtos procedūros, nustatė, kad tam tikras individas įvykdė nužudymą, ir šis nustatymas turi teisinę galią, tuomet teismas privalo tam individui skirti bausmę." Teisiniame mąstyme fakto nustatymas, kai tai daro kompetentinga institucija, pakeičia patį faktą, kuris neteisiniame mąstyme yra prievartos akto sąlyga. Sąlygojantysis faktas yra tik šis nustatymas; o dėl to, ar šio fakto būta konkrečiu atveju, ar jis buvo nustatytas, ar tai padarė tam įgalintas organas ir ar jis tai padarė laikydamasis nustatytos procedūros – visais šiais klausimais gali būti tokia pat gausybė įvairiausių nuomonių, kaip ir klausimu, ar tas nustatymas buvo „teisingas". Kaip galima paduoti apeliaciją dėl teismo sprendimo tuo pagrindu, kad neteisingai buvo nustatytas faktas (jog tam tikras individas padarė tam tikrą deliktą), lygiai taip pat galima paduoti apeliaciją ir dėl sankcijos įvykdymo tuo pagrindu, kad nebuvo teismo sprendimo arba organai buvo nekompetentingi, arba buvo pažeisti procesiniai reikalavimai. Situacija, kai, šalių manymu, vykdyti sankciją buvo įsakyta be teismo proceso, yra analogiška situacijai, kai teismas nustato, kad buvo padarytas deliktas, nors šalys mano, kad tas deliktas padarytas nebuvo. Tokiu atveju delikto padarymą galima nustatyti iš naujo apeliacinio proceso tvarka, o apeliaciniam teismui nustačius, kad deliktas nebuvo padarytas, įsakymą vykdyti sankciją galima atšaukti. Pirmuoju atveju šalių ginčijamą faktą, kad vykdyti sankciją buvo įsakyta po teismo proceso, galima nustatyti apeliacinio proceso tvarka, o jeigu šio fakto negalima nustatyti, gali būti pradedamas naujas teismo procesas. Situacija, kai, šalių manymu, teismo sprendimą priėmė teismas, neturintis kompetencijos tai nagrinėti, arba kai buvo pažeisti procesiniai reikalavimai, yra analogiška situacijai, kai deliktą padarė ne nuteistasis, o kitas individas, arba kai deliktas, kurį jis iš tikrųjų padarė, yra ne tas, už kurį jis buvo nuteistas. Visais šiais atvejais teismo procesas yra kito teismo proceso objektas. Jeigu pozityvioji teisinė tvarka riboja ėjimą nuo vieno proceso prie kito paduodant apeliacijas, tai galiausiai esama tokio teismo proceso, kuris negali būti kito teismo proceso objektu. Tuomet ribinį atvejį, paskutinį teismo procesą, reikia akceptuoti kaip fak-

tą savaime. Taip esti, kai paskutinės instancijos teismo sprendimas įgyja teisinę galią. O tai reiškia, kad subjektyviąją paskutinės instancijos teismo sprendimo prasmę reikia akceptuoti kaip jo objektyviąją prasmę. Jeigu šiuo sprendimu yra nustatomas šalių ginčytas faktas, kad vykdyti sankciją buvo įsakyta po teismo proceso arba kad ankstesniojo teismo kompetencijos (kurią šalys neigė) paneigti negalima, arba kad šalių nurodytų ankstesniojo teismo proceso pažeidimų nebuvo, bet kokia kita nuomonė teisiškai eliminuojama.

Nors teismo procesas, kai nustatomas faktas, esantis sankcijos taikymo sąlyga, yra ne mokslinio pažinimo, o teisėkūros procesas, vis dėlto tarp šio proceso ir proceso, kai yra moksliškai pažįstami gamtiniai faktai (tariant, kad mokslinio pažinimo procesas yra konstitutyvaus pobūdžio), esama tam tikrų paralelių. Šiame sugretinime konstitutyvaus teismo proceso organas atitinka konstitutyvaus mokslinio pažinimo proceso subjektą. Kaip šio pažinimo objektas yra „sukuriamas" pažinimo procese, lygiai taip pat ir faktas, esantis sankcijos sąlyga, yra sukuriamas teismo procese. Ir kaip teismo procesas kaip faktas pats gali tapti teismo proceso objektu, lygiai taip pat ir mokslinio pažinimo procesas pats gali tapti mokslinio pažinimo proceso objektu pažinimo teorijoje (epistemologijoje). Bet tas pažinimas, kurio objektas yra mokslinis pažinimas kaip faktas, pats kaip faktas jau negali būti pažinimo objektu. Regresija nuo vieno pažinimo proceso prie kito mokslinio pažinimo proceso, kurio objektas yra ankstesnis pažinimo procesas, yra baigtinė. Esama tokio mokslinio pažinimo proceso, kurį reikia akceptuoti kaip faktą savaime, taigi kaip faktą, kurio negalima sukurti dar kitame mokslinio pažinimo procese.

Teismo sprendimo santykis su taikomomis bendrosiomis teisės normomis

Kaip jau sakyta, aktą, kuriuo sukuriama individualioji teismo sprendimo norma, paprastai iš anksto apibrėžia bendrosios formaliosios ir materialiosios teisės normos. Tokiu atveju konkrečioje byloje teismas, spręsdamas bylą, turi dvi galimybes. Teismas gali nustatyti, kad atsakovas arba kaltinamasis iš tikrųjų, kaip teigia ieškovas arba viešasis kaltintojas, padarė deliktą ir taip pažeidė teisinės tvarkos jam nustatytą pareigą; tada teismas turi patenkinti ieškinį arba nuteisti kaltinamąjį ir paskirti jam bendrosios normos nustatytą sankciją. Kita vertus, teismas gali nustatyti, kad atsakovas arba kaltinamasis delikto nepadarė, taigi nepažeidė teisinės tvarkos jam nustatytos pareigos; tada teismas turi įsakyti prieš atsakovą arba kaltinamąjį nenukreipti jokios sankcijos. Nepriklausomai nuo to, ar teismas (a) patenkina ieškinį arba nuteisia kaltinamąjį, ar (b) atmeta ieškinį arba išteisina kaltinamąjį, teismo sprendimu yra taikoma galiojanti teisinė tvarka; tai pirmiausia pasakytina apie tuos atvejus, kai teismas ieškinį atmeta arba kaltinamąjį išteisina tuo pagrindu, kad, jo manymu, nėra galiojančios bendrosios normos, kuri ieškovo arba kaltintojo nurodomą atsakovo arba kaltinamojo elgesį susietų su sankcija. Jau buvo paaiškinta[93], kad teisinė tvarka žmonių elgesį reguliuoja ne tik pozityviai, t. y. įsakydama tam

[93] Plg. § 4d.

tikrą elgesį, bet ir negatyviai, t. y. nedrausdama tam tikro elgesio ir šitaip jį leisdama. Kas nėra teisiškai draudžiama, tas yra leidžiama. Atmesdamas ieškinį arba išteisindamas kaltinamąjį teismas taiko teisinę tvarką, leidžiančią tokį atsakovo arba kaltinamojo elgesį, prieš kurį buvo nukreiptas teisine tvarka nepagrįstas ieškinys arba kaltinimas.

Kaip jau buvo sakyta, teisiškai nedraudžiamą ir šiuo atžvilgiu leidžiamą individo elgesį teisinė tvarka gali garantuoti įpareigodama kitus individus toleruoti šį elgesį, t. y. neužkirsti jam kelio ir netrukdyti. Taip yra visada – tiek, kiek esama bendro draudimo vartoti fizinę jėgą ir vartoti jėgą yra palikta teisinės bendruomenės organams. Bet gali būti taip, kad leidžiamas vieno individo elgesys susikerta su tokiu kito individo elgesiu, kuris nėra fizinės jėgos vartojimas ir yra lygiai taip pat leidžiamas. Tada, kaip jau minėta, esama interesų konflikto, kuriam teisinė tvarka neužkerta kelio; jokia teisinė tvarka negali užkirsti kelio visiems galimiems interesų konfliktams. Tokioje situacijoje teismas turi atmesti ieškinį, net jeigu šis yra nukreiptas prieš leidžiamą atsakovo elgesį, kuriuo, nevartojant fizinės jėgos, užkertamas kelias arba trukdoma leidžiamam ieškovo elgesiui, teismas taip pat turi išteisinti kaltinamąjį, net jeigu jo elgesys, prieš kurį yra nukreiptas kaltinimas, yra tokio pat pobūdžio. Ir šiuo atveju teismo sprendimu yra taikoma teisinė tvarka – tai yra teisės taikymas. Tokiu atveju galiojančios teisės taikymą galima laikyti nepatenkinamu, nes juo vengiama ginti tą interesą, kuris (kai kuriais požiūriais) nusipelno būti ginamas. Bet kadangi teisinė tvarka, drausdama pažeisti tam tikrus interesus, gali ginti tik juos, o ne visus galimus interesus, tai visa kur esančius priešpriešinius interesus ji palieka neginamus. Tad konfliktas tarp leidžiamo vieno individo elgesio ir leidžiamo kito individo elgesio yra neišvengiamas. Tokio konflikto esama visada, kai ieškinys atmetamas arba kaltinamasis išteisinamas tik todėl, kad jo elgesys nėra draudžiamas ir dėl to bendroji norma, jo elgesį susiejanti su sankcija, negina to intereso, kurį šis elgesys pažeidžia.

Tačiau gali būti ir taip, kad teisinė tvarka teismą įgalina ne atmesti ieškinį arba ne išteisinti kaltinamąjį, bet patenkinti ieškinį arba nuteisti kaltinamąjį, jeigu, teismo manymu, tai, kad nėra tokios bendrosios normos, yra neteisinga arba nesąžininga. Vadinasi, tokiu atveju teismas yra įgalintas sukurti individualiąją teisės normą, kurios turinio bendroji įstatymų leidybos būdu arba papročiu sukurta teisės norma iš anksto neapibrėžė. Šiuo atveju teismas taiko ne tokią bendrąją normą, bet normą, įgalinančią teismą kurti naują teisę. Paprastai sakoma, kad teismas įgalinamas veikti kaip įstatymų leidėjas. Tai nėra visiškai teisinga, jeigu „įstatymų leidyba" suprantama kaip bendrųjų teisės normų kūrimas. Juk teismas įgalinamas sukurti tik tokią individualiąją normą, kuri galioja tai vienintelei bylai. Bet teismas šią individualiąją normą sukuria taikydamas bendrąją normą, kurią teismas laiko „teisinga" arba pageidaujama, t. y. tokią normą, kurios pozityvusis įstatymų leidėjas nesukūrė. Teismo sukurta individualioji norma pateisinama tik kaip tokios nepozityvios bendrosios normos taikymas.

Byla, kurioje teismas yra įgalintas veikti kaip „įstatymų leidėjas", nuo bylos, kurioje teismas turi, nesant teismo sprendimo turinį iš anksto apibrėžiančios pozityviosios bendrosios normos, atmesti ieškinį arba išteisinti kaltinamąjį, skiriasi tik laipsniu. Šis skirtumas yra laipsnio skirtumas ne tik dėl to, kad (net pirmuoju atveju) teismas taiko bendrą-

ją, nors ir ne pozityviąją, materialiosios teisės normą, bet, svarbiausia, ir dėl to, kad (net antruoju atveju) teismo funkcija yra teisėkūra, būtent individualiosios normos sukūrimas. Tik šiuo atveju teismo diskrecija yra kur kas labiau apribota nei pirmuoju atveju, kur ji faktiškai yra taip mažai apribota, kaip ir ta diskrecija, kurią konstitucija paprastai suteikia įstatymų leidėjui, kuriančiam bendrąsias teisės normas. Bet net ir tokioje byloje, kurioje teismo kuriamos individualiosios normos turinį iš anksto apibrėžia pozityvioji teisės norma, tam tikrą diskreciją teismo teisėkūros funkcijai reikia palikti. Pozityvioji teisės norma negali iš anksto apibrėžti visų tų veiksnių, kurie ir sudaro konkrečios bylos ypatumus, tokių kaip, pavyzdžiui, teismo nustatomas žalos, kuri turi būti teismo paskirtu civiliniu išieškojimu atlyginama iš atsakovo turto, dydis, momentas, kada turi būti pradedama arba baigiama vykdyti teismo paskirta kalėjimo bausmė, arba diena, kada turi būti įvykdytas mirties nuosprendis. Bendrosios normos individualizavimo procese tą bendrąją normą taikantis organas visada turi nustatyti tokius faktus, kurių bendroji norma dar neapibrėžė ir negali apibrėžti. Bendroji norma visada yra tik rėmai, tarp kurių turi būti sukuriama individualioji norma. O šie rėmai gali būti platesni arba siauresni. Plačiausi jie esti tada, kai bendroji norma apima tik įgalinimą sukurti individualiąją normą, bet iš anksto nenustato jos turinio.

Jeigu bendroji norma iš anksto visiškai neapibrėžia teismo kuriamos individualiosios normos turinio, individualioji norma turi grįžtamąją galią. Sakoma, kad teisės norma turi grįžtamąją galią, jeigu tas faktas, su kuriuo susiejama sankcija, įvyko anksčiau, nei toji norma įsigaliojo; taigi šis faktas normos sukūrimo metu nebuvo deliktas, bet ši norma deliktu jį pavertė vėliau.

Taip esti tada, kai bylą sprendžiantis teismas taiko tokią individualiąją teisės normą, kurios turinio pozityvioji bendroji norma iš anksto neapibrėžia, t. y. kai ši individualioji norma su sankcija susieja tokį atsakovo arba kaltinamojo elgesį, kuris tuo metu, kai taip buvo elgiamasi, dar nebuvo deliktas, bet jį deliktu pavertė individualioji teismo sprendimo norma.

Vadinamosios teisės spragos

Iš to, kas buvo pasakyta, išplaukia, kad teismas konkrečioje byloje pozityviąją teisę gali taikyti visada, net ir tada, kai teisinė tvarka, teismo nuomone, neapima bendrosios normos, pozityviai reguliuojančios atsakovo arba kaltinamojo elgesį, kitaip tariant, kai teisinė tvarka neapima bendrosios normos, nustatančios atsakovui arba kaltinamajam pareigą elgtis taip, kaip, sprendžiant iš privataus ieškovo pareikšto ieškinio arba iš viešojo kaltintojo reiškiamo kaltinimo, jis nesielgė. Juk šiuo atveju jo elgesys yra reguliuojamas negatyviai, t. y. jis nėra teisiškai draudžiamas, taigi šiuo atžvilgiu yra leidžiamas. Bet tradicinė jurisprudencija šį atvejį tam tikromis aplinkybėmis interpretuoja kaip teisinės tvarkos „spragą“.

Vertinant šią teisės „spragų“ teoriją būtina išsiaiškinti, kokiomis aplinkybėmis pagal šią teoriją atsiranda teisės „spraga“. Pagal šią teoriją galiojančios teisės konkrečiu atveju

taikyti negalima, jeigu šio atvejo neapima jokia bendroji teisės norma; todėl teismas turi pareigą sukurti atitinkamą normą ir šitaip šią spragą užpildyti. Čia esminis argumenas yra tas, kad galiojančios teisės taikymas, kaip atskirybės išvedimas iš bendrybės, šiuo atveju yra logiškai neįmanomas, nes nėra patenkinta būtinoji – šį atvejį apimančios bendrosios normos galiojimo – sąlyga. Ši teorija yra klaidinga, nes ji neatsižvelgia į tą aplinkybę, kad jeigu teisinė tvarka individo neįpareigoja elgtis tam tikru būdu, tai elgtis kitaip teisinė tvarka individui leidžia. Ten, kur tradicinė teorija mano esant spragą, galiojančios teisės taikyti yra neįmanoma. Išties, taikyti atskiros teisės normos neįmanoma, bet *yra* įmanoma taikyti teisinę tvarką. Teisės taikymas nėra eliminuojamas. Faktiškai spragos buvimas nėra preziumuojamas visais tais atvejais, kai galiojančios teisės norma nenustato atsakovui arba kaltinamajam tos pareigos, kurią esant tvirtina ieškovas arba viešasis kaltintojas. Šį dalyką panagrinėjus atidžiau paaiškėja, kad spragos buvimas yra preziumuojamas tik tada, kai teisės taikymo organas tokios normos nebuvimą laiko politiškai nepageidaujamu dalyku, taigi tada, kai teisės taikymo organas logiškai galimą teisės taikymą dėl šios politinės priežasties atmeta kaip nesąžiningą arba neteisingą šio teisės taikymo organo požiūriu. Bet galiojančios teisės taikymą laikyti nesąžiningu arba neteisingu galima ne tik tada, kai šioje tvarkoje nesama bendrosios normos, nustatančios atsakovui arba kaltinamajam tam tikrą pareigą, bet ir tada, kai joje tokia norma yra. Tą faktą, kad teisinė tvarka stokoja normos, nustatančios bausmę už elektros vogimą, galima laikyti ne mažiau nesąžiningu arba neteisingu už faktą, kad teisinėje tvarkoje esama normos, vienodai taikomos ir nužudymo su apiplėšimu atveju, ir tada, kai sūnus nužudo savo nepagydomai sergantį tėvą jo paties prašymu. Galiojančios teisės nepritaikomumo atžvilgiu spragos esama ir vienu, ir kitu atveju; manyti esant spragą vienu atveju, bet ne kitu, yra mažų mažiausiai nenuoseklu. Be to, vertinimas, jog tai, kad teisės norma stokoja tikro turinio, yra nesąžininga arba neteisinga, yra labai subjektyvus vertybinis sprendimas, kuris visiškai nepašalina priešingo vertinimo. Jeigu, pavyzdžiui, teisinė tvarka stokoja bendrosios teisės normos, nustatančios darbdaviui pareigą atlyginti jo įmonės darbuotojo padarytą žalą, ir jeigu dėl to teismas turi atmesti ieškinį darbdaviui ir gali patenkinti ieškinį tik tuo atveju, kai šis yra nukreiptas prieš darbuotoją, tai tokios galiojančios teisinės tvarkos taikymą socialistas vertins kaip nepatenkinamą, užtat liberalas – kaip visiškai patenkinamą. Bendrosios teisės normos nebuvimas, dėl kurio ieškovo ieškinys yra atmetamas arba kaltinamasis yra išteisinamas, paprastai patenkins atsakovą arba kaltinamąjį, vadinasi, jie jį laikys sąžiningu ir teisingu, užtat jis nepatenkins ieškovo arba kaltintojo, vadinasi, jie jį laikys nesąžiningu ir neteisingu.

Nepaisant visų šių prieštaravimų spragų teorijai šiuolaikinėje įstatymų leidyboje tenka svarbus vaidmuo. Antai Šveicarijos civilinio kodekso taisyklė – ir ji yra tipinė: „Šis įstatymas taikytinas visoms teisinėms problemoms, kurias jis apima eksplicitiškai nustatytomis arba aiškinant gautomis taisyklėmis. Kai įstatyme nėra reikiamos nuostatos, teisėjas sprendimą priima vadovaudamasis papročiu, o kai nėra ir jo – vadovaudamasis taisykle, kurią jis nustatytų pats būdamas įstatymų leidėju.“ Ši taisyklė preziumuoja, jog gali būti taip, kad konkrečioje Šveicarijos teismo sprendžiamoje byloje Šveicarijos tei-

sės gali būti neįmanoma taikyti. Bet tai neįmanoma, nes taikyti teisinę tvarką galima visada ir ji iš tikrųjų yra taikoma net ir tada, kai teismas turi atmesti ieškinį tuo pagrindu, kad teisinėje tvarkoje nėra bendrosios taisyklės, nustatančios atsakovui tą pareigą, kurią esant tvirtina ieškovas, todėl prielaida, kuria grindžiama cituotoji taisyklė, yra fikcija. Fikcija slypi štai kur: tam tikros teisės normos nebuvimas teisinėje tvarkoje vadovaujantis subjektyviu, moraliniu-politiniu vertybiniu sprendimu pateikiamas kaip neįmanomumas ją taikyti.

Griebtis šios fikcijos įstatymų leidėjas gali būti linkęs dėl to, kad, jo manymu, jo sukurto įstatymo taikymas tam tikromis nenumatytomis ir nenumatomomis aplinkybėmis gali duoti nepageidaujamų rezultatų, todėl verta teismą įgalinti tokiais atvejais ne taikyti įstatymą, iš anksto apibrėžiantį jo sprendimo turinį, o sukurti individualiąją normą, kurios turinys būtų ne apibrėžtas įstatyme, bet pritaikomas prie įstatymų leidėjo nenumatytų aplinkybių. Jeigu jis formuluotų šį įgalinimą teoriškai teisingu būdu, t. y. nesigriebdamas fikcijos, tai turėtų pasakyti: „Jeigu galiojančios teisės taikymas tam tikroje byloje teismo netenkina, nes neatitinka jo moralinių-politinių įsitikinimų, tai teismas gali išspręsti bylą savo nuožiūra.“ Bet tokia formuluotė suteiktų teismui pernelyg didelę valdžią. Teisėjas būtų įgalintas spręsti savo nuožiūra net ir tada, kai jo netenkina bendrosios teisės normos, nustatančios atsakovui arba kaltinamajam pareigą, kurią jis, ieškovo arba viešojo kaltintojo teigimu, pažeidė, taikymas. Jeigu teisėjo moraliniai-politiniai įsitikinimai pakeičia įstatymų leidėjo įsitikinimus, tai yra įstatymų leidėjo abdikacija teisėjo naudai. Mėginimas apriboti tokį įgalinimą tais atvejais, kuriuos įstatymų leidėjas numato, neišvengiamai žlunga, nes įstatymų leidėjas negali jų iš anksto apibrėžti; jeigu jis galėtų juos apibrėžti iš anksto, jis juos pozityviai reguliuotų pats. Teismo prielaida, kad tam tikro atvejo įstatymų leidėjas nenumatė ir kad įstatymų leidėjas būtų įstatymą formulavęs kitaip, jeigu būtų numatęs tokį atvejį, paprastai remiasi neįrodomu spėjimu. Įstatymų leidėjo ketinimą pakankamai patikimai galima nustatyti tik tiek, kiek jį išreiškia jo sukurtas įstatymas. Būtent dėl *šios* priežasties įstatymų leidėjas, apribodamas, jo manymu, neišvengiamą įgalinimą teismams, griebiasi fikcijos, jog tam tikrais atvejais teisinės tvarkos taikyti negalima dėl objektyvių, o ne dėl subjektyvių moralinių-politinių priežasčių, kad teisėjas kaip įstatymų leidėjas gali veikti tik ten, kur yra teisės spraga.

Kadangi galiojančią teisę galima taikyti visada, kadangi joje šiuo atžvilgiu nėra jokių spragų, ši formulė, atskleidus fiktyvų jos pobūdį, ne įtvirtina siekiamą teismo įgalinimo apribojimą, bet pati save atšaukia. Bet jeigu teismas akceptuoja prielaidą, kad teisėje esama spragų, tuomet ši teoriškai neįtikinanti fikcija praktiškai gali duoti siekiamų rezultatų. Juk toks teisėjas (ypač tas, kurį kontroliuoja aukštesnis teismas), kuris nėra linkęs prisiimti atsakomybės už naujos teisės kūrimą, tik labai retai tars esant spragą ir todėl tik labai retai pasinaudos įgalinimu užimti įstatymų leidėjo vietą.

Greta vadinamųjų tikrųjų spragų kartais skiriamos „techninės“ spragos, kurias galimomis laiko ir tie, kurie, žvelgdami pozityvistiškai, neigia tikrųjų spragų buvimą. Tokios techninės spragos esama tada, kai įstatymų leidėjas nenustato kažko, ką jis turėjo nustatyti, kad būtų techniškai įmanoma apskritai taikyti tam tikrą įstatymą. Tačiau tai, kas yra

apibūdinama kaip techninė spraga, yra arba spraga pradine šio žodžio prasme, t. y. pozityviosios teisės ir geidžiamosios teisės skirtumas, arba tokios rūšies neapibrėžtis, kurią lemia rėminis bendrosios normos pobūdis. Pirmoji esti, pavyzdžiui, pirkimo–pardavimo atveju, kai įstatymas, pagal kurį pardavėjas yra įpareigojamas perduoti prekę, o jos neperdavęs – atlyginti padarytą žalą, neapibrėžia, kam tenka rizika tada, kai parduota prekė dar iki ją perduodant žūva ne dėl kurios nors šalies kaltės. Tačiau netiesa, kad įstatymų leidėjas šiuo atveju „nieko" nenustato; jis tik nenustato, kad šiuo atveju pardavėjas yra atleidžiamas nuo pareigos perduoti prekę arba sumokėti kompensaciją, t. y. reikalavimo, kurį veikiausiai laikytų pageidaujamu tie, kurie teigia čia esant spragą; tačiau toks nustatymas anaiptol nėra būtinas tam, kad šį įstatymą būtų galima taikyti. Kadangi įstatymas net aprašytuoju atveju neatleidžia pardavėjo nuo pareigos perduoti prekę arba sumokėti kompensaciją, tai įstatymas faktiškai nustato, kad rizika tenka pardavėjui.

Antroji rūšis esti tada, kai, pavyzdžiui, įstatymas nustato, kad tam tikras organas turi būti renkamas, bet rinkimų procedūros nereguliuoja. O tai reiškia, kad įstatymą atitinka bet kokio tipo rinkimai. Organas, įgalintas vykdyti rinkimus, rinkimų tvarką gali apibrėžti savo nuožiūra. Nustatyti šią tvarką paliekama žemesnei normai. Kitas pavyzdys: įstatymas, be kita ko, nustato, jog tam, kad tam tikras komitetas galėtų veikti, jį turi sušaukti jo pirmininkas; bet jis taip pat nustato, jog komitetas renka savo pirmininką. Jeigu šių normų neįmanoma aiškinti kaip reiškiančių, kad tol, kol pirmininkas dar nėra išrinktas, bet koks sušaukimo būdas yra teisėtas, o jas galima aiškinti tik taip, kad net šioje situacijoje komitetą sušaukti turi jo pirmininkas, tai toks komitetas negali teisėtai veikti. Bet ir čia nėra jokios spragos. Juk net tuo atveju, kai komitetas pirmininko neturi, įstatymas nori, kad šis komitetą sušauktų. Jeigu įstatymas visai nenustatė, kaip komitetas sušaukiamas esant tokiai situacijai, tai teisėtas bus bet koks jo sušaukimo būdas. Įstatymas paprasčiausiai nustato kažkokią beprasmybę. Kadangi įstatymus kuria žmonės, tai nėra neįmanoma.

Bendrųjų teisės normų kūrimas, kai tai daro teismai; teisės lankstumas ir teisinis tikrumas

Teismas, ypač aukščiausiosios instancijos, gali būti įgalintas savo sprendimu sukurti ne tik individualiąją normą, saistančią konkrečiu atveju, bet ir bendrąją normą. Taip būna tada, kai teismo sprendimas tampa vadinamuoju precedentu, t. y. kai sprendimas tam tikroje byloje orientuoja sprendimus panašiose bylose. Precedento pobūdį teismo sprendimas gali įgyti tada, kai šiuo sprendimu sukurtos individualiosios normos turinio bendroji statutinės arba paprotinės teisės norma iš anksto neapibrėžia arba kai jis yra suformuluotas taip nevienareikšmiškai, kad jį aiškinti galima įvairiai. Pirmuoju atveju teismo precedentinis sprendimas sukuria naują teisę; antruoju atveju bendrąja norma tampa sprendimo implicitinis aiškinimas. Abiem atvejais precedentą sukuriantis teismas veikia kaip įstatymų leidėjas, lygiai taip pat, kaip organas, kurį konstitucija įgalina leisti įstatymus. Teismo sprendimas konkrečioje byloje orientuoja sprendimus panašiose bylose tuo atžvil-

giu, kad teismo sprendimu išreiškiama individualioji norma yra apibendrinama. Atlikti tokį apibendrinimą, t. y. suformuluoti bendrąją normą, gali sukūręs precedentą teismas, tačiau tai gali būti palikta padaryti ir kitiems teismams, kuriuos saisto precedentinis sprendimas. Tokiu atveju nėra neįmanoma, kad skirtingi teismai precedentinį sprendimą apibendrins skirtingai, o tai nepadės šiam institutui pasiekti savo tikslo, būtent užtikrinti vienodos teismų praktikos. Kadangi precedentinis sprendimas orientuoja tik sprendimus panašiose bylose, lemiamas tampa klausimas, ar tam tikra byla yra panaši į precedentinę bylą. Kadangi jokia byla nėra panaši į kitą visais atžvilgiais, tai dviejų aptariamų bylų „panašumas" čia gali būti tik jų tam tikrų esminių požymių atitiktis, lygiai taip pat, kaip du faktų kompleksai, sudarantys tą patį deliktą, yra panašūs ne visais požymiais, o tik tam tikrais esminiais požymiais. Bet į klausimą, kuriais požymiais šios bylos turi atitikti viena kitą, kad būtų laikomos „panašiomis", galima atsakyti tik remiantis bendrąja norma, kuri tą faktą apibrėžia, apibrėždama esminius jo elementus. Tad ar dvi bylos yra panašios, galima spręsti tik remiantis bendrąja precedentiniu sprendimu sukurta norma. Šios bendrosios normos suformulavimas – tai prezumpcija, pagal kurią precedentinis sprendimas gali orientuoti sprendimus „panašiose" bylose.

Teismų teisėkūros funkcija pasidaro ypač matoma tada, kai teismas yra įgalintas sukurti precedentą ir šitaip sukurti bendrąją normą. Šitokio įgalinimo davimas teismui, ypač paskutinės instancijos teismui, itin pagirtinas tais atvejais, kai tam tikromis aplinkybėmis teismas yra įgalintas bylą spręsti ne taikydamas jau esančios teisės bendrąją normą, o savo nuožiūra, kitaip tariant, kai teismas yra įgalintas sukurti tokią individualiąją teisės normą, kurios turinio bendroji pozityviosios teisės norma neapibrėžia. Precedento pobūdžio suteikimas tokiam sprendimui tėra nuoseklus teismo teisėkūros funkcijos praplėtimas.

Jeigu teismai yra įgalinti kurti individualiąsias *ir* bendrąsias normas, tai jie varžosi su konstitucijoje įtvirtintu įstatymų leidybos organu, o tai liudija įstatymų leidybos funkcijos decentralizavimą. Įstatymų leidybos organo sąsajos su teismais požiūriu galima skirti du techniškai skirtingus teisės sistemos tipus. Pirmojoje sistemoje bendrųjų teisės normų kūrimas yra visiškai centralizuotas, t. y. jis paliktas tik centriniam įstatymų leidybos organui, tuo tarpu teismai yra ribojami tuo atžvilgiu, kad individualiąsias normas jie turi kurti konkrečiose bylose taikydami įstatymų leidybos organo sukurtas bendrąsias normas. Įstatymų leidybos procesui užtikrinti reikia (ypač parlamentinės demokratijos sąlygomis) įveikti daugybę kliūčių, todėl tokioje sistemoje teisę yra sunku pritaikyti prie besikeičiančių aplinkybių. Ši sistema turi trūkumą – ji stokoja lankstumo. Tačiau ji turi privalumą – teisinį tikrumą; o tai reiškia, kad teismo sprendimai yra tam tikru mastu prognozuojami, todėl teisei pavaldūs individai juos gali gana neblogai nuspėti ir savo elgesį suderinti su prognozuojamais teismų sprendimais.

Principą, pagal kurį sprendimus konkrečiais atvejais saisto centrinio įstatymų leidybos organo iš anksto kuriamos bendrosios normos, pagal analogiją galima traktuoti plačiau, kad jis apimtų ir administracinių institucijų funkcijas. Šia bendra forma šis principas išreiškia *Rechtsstaat*, t. y. teisinės valstybės, principą. Iš esmės tai yra teisinio saugumo, *Rechtssicherheit*, principas.

Šiai sistemai visiškai priešinga sistema yra tokia, kur apskritai nėra centrinio įstatymų leidybos organo, o teisėjai ir administracinės institucijos atskiras bylas sprendžia savo laisva nuožiūra. Ši sistema teisinama tariant, kad jokia byla nėra visiškai tapati kuriai nors kitai bylai, todėl bendrųjų normų, iš anksto apibrėžiančių teismo sprendimus arba administracinius dekretus ir šitaip užkertančių kelią atitinkamiems organams teisingumą vykdyti atsižvelgiant į atskirų bylų ypatumus, taikymas gali duoti nepageidaujamų rezultatų. Tai yra vadinamosios *freie Rechtsfindung* (laisvosios jurisdikcijos) sistema; tai ta sistema, kurią Platonas siūlė savo idealiajai valstybei. Dėl jai būdingo radikalaus teisėkūros decentralizavimo ši sistema išsiskiria dideliu lankstumu, bet visiškai stokoja teisinio tikrumo. Juk esant tokiai teisinei tvarkai pavaldūs individai niekaip negali numatyti sprendimų konkrečiose bylose, kuriose jiems gali tekti dalyvauti kaip kaltinamiesiems arba kaltintojams, kaip atsakovams arba ieškovams. Todėl jie negali iš anksto žinoti, kas yra teisiškai leidžiama ir kas draudžiama, ką jie yra teisiškai įgalinti daryti ir ko jie nėra įgalinti daryti. Tai sužinoti jie gali tik iš sprendimo, kuriuo yra nubaudžiami arba išteisinami, kuriuo jų ieškinys yra atmetamas arba patenkinamas.

Dažnai teisės lankstumą garantuojančios laisvosios jurisdikcijos reikalaujama teisingumo vardu – čia preziumuojama, kad teisingumas yra absoliutus. Sakoma, kad šiuo atžvilgiu „teisingas" yra toks sprendimas konkrečioje byloje, kuriame atsižvelgiama į visus šios bylos ypatumus. Bet kadangi jokia byla nėra visiškai tapati kitai, sakoma, kad bendrosios normos taikymas konkrečioje byloje niekada ir neduos teisingo sprendimo. Juk bendroji norma būtinai preziumuoja panašias bylas, o jų tikrovėje nebūna. Todėl visa teisė turinti būti tik individualaus pobūdžio, o sprendimų konkrečiose bylose neturi saistyti bendrosios normos.

Šiam laisvosios jurisdikcijos teisinimui galima prieštarauti šitaip: tai, kas iš tikrųjų vyksta tada, kai bendrųjų normų turinys neapibrėžia sprendimų konkrečiose bylose, anaiptol nėra visiškas bendrųjų normų eliminavimas iš teisėkūros proceso. Spręsti konkrečią bylą besirengiantis organas „teisingą" sprendimą gali priimti tik taikydamas tą bendrąją normą, kurią jis laiko teisinga. Jeigu tokia bendroji norma dar nėra sukurta įstatymų leidybos būdu arba papročiu, šis organas turi veikti tokiu pat būdu, kaip ir įstatymų leidėjas, kuris, formuluodamas bendrąsias normas, vadovaujasi tam tikru teisingumo idealu. Kadangi skirtingi įstatymų leidėjai gali vadovautis labai skirtingais teisingumo idealais, jų realizuojamas teisingumas gali turėti tik santykinę vertę; lygiai taip pat santykinis yra ir spręsti konkrečią bylą turintį organą orientuojančios bendrosios normos teisingumas. Teisingumo idealo (kuris gali būti tik santykinės vertės) požiūriu laisvosios jurisdikcijos sistema nuo statutinės arba paprotinės teisės apibrėžtos jurisdikcijos sistemos skiriasi štai kuo: bendrosios pozityviosios teisės normos bei įstatymų leidėjo teisingumo idealą įtvirtinančios bendrosios normos vietą čia užima sprendimą konkrečioje byloje turinčio priimti organo teisingumo idealo bendroji norma.

Kaip jau sakyta, kad sprendimą konkrečioje byloje būtų galima laikyti „teisingu", tokios bendrosios normos preziumavimas yra neišvengiamas. Juk klausimas, kodėl tam tikras sprendimas yra „teisingas", sukelia poreikį šį sprendimą pateisinti, pateikti juo nustaty-

tos individualiosios normos galiojimo pagrindą. O toks pateisinimas arba galiojimo pagrindimas yra galimas tik parodžius, kad individualioji norma atitinka aukštesnę bendrąją normą, kurios teisingumas yra preziumuojamas. Norma, konstituojanti teisingumo vertybę, jau vien dėl savo prigimties turi būti bendro pobūdžio.

Ypatinga bendrųjų normų iš anksto neapibrėžtos laisvosios jurisdikcijos reikalavimo atmaina yra doktrina, neseniai iškilusi dėl egzistencialistinės filosofijos įtakos[94]. Pagal ją tikrovės, kuri iš esmės yra konkreti, negalima suvokti abstrakčiomis sąvokomis arba reguliuoti bendrosiomis normomis; ji gali būti tik „išgyvenama“. Kadangi konkrečios teismų sprendžiamos bylos yra visiškai skirtingos, teisingo sprendimo, t. y. tokio, kuriame atsižvelgiama į visus bylos ypatumus, negalima rasti iš šalies atneštoje bendrojoje normoje – tik pačios konkrečios bylos tikrovėje. Teisinga teisė yra imanentinė socialinei tikrovei ir ją galima rasti tik skrupulingai analizuojant šią tikrovę, o ne įstatymų leidybos būdu sukurtose bendrosiose normose. Šiuo požiūriu egzistencialistinė teisės teorija tėra prigimtinės teisės doktrinos atmaina ir, kaip ir ši, yra beviltiškas mėginimas *privalomybę* logiškai dedukuoti iš *esamybės*.

Tarp šių dviejų kraštutinių – valstybės įstatymų leidybos saistomos jurisdikcijos ir nuo valstybės įstatymų leidybos laisvos jurisdikcijos – tipų dar esama (a) tokio tipo, kur centrinis įstatymų leidybos organas yra sukurtas, tačiau teismai vis dėlto yra įgalinti kurti ne tik individualiąsias normas neperžengdami įstatymų leidybos organo sukurtų bendrųjų normų ribų, bet ir (tam tikromis anksčiau apibūdintomis ypatingomis aplinkybėmis) individualiąsias normas, peržengiančias šias ribas, taip pat (b) tokios sistemos, kur teismai yra įgalinti kurti precedentinio sprendimo formą turinčias bendrąsias normas. Šios skirtingos sistemos atspindi skirtingus teisėkūros funkcijos centralizacijos arba decentralizacijos laipsnius, taigi ir skirtingus teisės lankstumo principo (kuris yra teisinio saugumo principo priešybė) realizavimo laipsnius.

Ypatingos rūšies sistema yra toji, kur bendrąsias normas daugiausia kuria ne centrinis įstatymų leidybos organas, bet papročiai, o teismai jas taiko. Kadangi tada, kai bendrosios normos kuriamos papročiais, prie besikeičiančių aplinkybių teisei prisitaikyti yra sunkiau nei tada, kai jas kuria centrinis įstatymų leidybos organas, paprotinės teisės sistema sukuria palankų klimatą precedentinės jurisdikcijos plėtrai. Todėl suprantama, kodėl ši jurisdikcija ypač suklestėjo anglų-amerikiečių bendrojoje teisėje, nes šioji iš esmės yra paprotinė teisė.

Jau esame pažymėję, jog papročiu sukurtos bendrosios normos taikymas nuo įstatymų leidybos būdu sukurtos bendrosios normos taikymo skiriasi tuo, kad taikomos paprotinės normos galiojimo nustatymui (t. y. nustatymas, kad esama teisę sukūrusio papročio) teisėjo sąmonėje tenka daug svarbesnis ir aiškesnis vaidmuo nei įstatymų leidėjo sukurtos ir oficialiame leidinyje paskelbtos normos galiojimo nustatymui. Tai paaiškina, kodėl kartais manoma, kad paprotinė teisė yra teismų sukurta teisė. Jeigu teismai dau-

[94] Plg.: Georg Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955; Hans Kelsen, „Existenzialismus in der Rechtswissenschaft?“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 43: 2 (1957), p. 161 ff.

giausia turi taikyti paprotinę teisę, kaip anglų-amerikiečių bendrojoje teisėje, ir jeigu jie, be to, turi galią kurti precedentus, tai tuomet nesunku išsirutulioti teorijai, kad visa teisė yra teismų sukurta teisė, kad iki teisėjo sprendimo jokios teisės ir nėra, kad norma tampa teisės norma tik dėl to, kad ją taiko teismas[95]. Apginti tokią teoriją galima tik tuo atveju, kai teismų taikomos normos traktuojamos ne kaip teisė, o kaip „teisės šaltiniai", kur ši metafora vartojama apibūdinti visiems veiksniams, faktiškai darantiems įtaką teismo sprendimui, tokiems kaip moraliniai-politiniai vertybiniai sprendimai, ekspertų nuomonės ir pan. Veikiama to didžiulio vaidmens, kurį paprotinės teisės ir precedentinės jurisdikcijos sistemose vaidina teismai, ši teorija neįžvelgia esminio skirtumo tarp tokių teisės „šaltinių", kurie yra teisiškai saistantys, ir tokių, kurie tokie nėra. Nepripažindama, kad teisės „šaltinis" specifine (t. y. teisės ištakų, to, iš ko teisė kyla, to, kas sukuria teisę) šio termino prasme gali būti „teise" tik dėl teisės ypatingo sugebėjimo reguliuoti savo pačios savikūrą, ši teorija eina klystkeliu.

Teorija, kad teisę kuria tik teismai, teorija, išaugusi anglų-amerikiečių bendrosios teisės dirvoje, yra lygiai tokia pat vienpusė, kaip ir kontinentinės Europos statutinės teisės dirvoje išaugusi teorija, kad teismai apskritai nekuria teisės, o tik taiko jau sukurtą teisę. Pastaroji teorija – tai požiūris, kad esama tik bendrųjų teisės normų; pirmoji – kad esama tik individualiųjų teisės normų. Tiesa yra ties viduriu. Teismai kuria teisę – paprastai individualią; bet tokioje teisinėje tvarkoje, kur yra sukurtas įstatymų leidybos organas arba kur paprotys pripažįstamas teisėkūros faktu, teismai tai daro taikydami įstatymų leidybos būdu arba papročiu jau sukurtą bendrąją teisę. Teismo sprendimas yra teisėkūros proceso tęsinys, o ne pradžia.

Jeigu įstatymų leidybos būdu arba papročiu sukurtų bendrųjų normų saistomos jurisdikcijos ir tokių normų nesaistomos jurisdikcijos skirtumas yra teisiniu-politiniu požiūriu traktuojamas kaip pagrindinis šių dviejų teisės sistemų antagonizmas, tai reikia turėti galvoje, jog šį antagonizmą gerokai sušvelnina ta aplinkybė, kad teismo sprendimas gali turėti galutinio sprendimo galią (*Rechtskraft*). Tai bus aptariama vėliau.

h) Teisinis sandoris

Teisinis sandoris kaip teisėkūros faktas

Teismo sprendimo išreiškiama individualioji teisės norma nustato sankciją, kuri savo pobūdžiu yra arba bausmė (baudžiamajame procese), arba civilinis išieškojimas (civiliniame procese). Civilinės sankcijos tikslas yra atlyginimas, pirmiausia – žalos[96]. Elgesys, kuriuo padaroma žala, yra neteisėtas, civilinis deliktas, jeigu jis yra civilinio išieškojimo sąlyga. Nelygu, ar žalos priežastys yra, ar nėra susijusios su ankstesniu teisiniu sandoriu, skiriami du tokių priežasčių tipai. Antrojo tipo žalos padarymas esti tuo atveju, kai, pa-

[95] Ši teorija plėtojama: John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2d ed. (1927). Plg. Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 150 ff.
[96] Plg. § 27a ir § 28f.

vyzdžiui, kas nors tyčia arba dėl neatsargumo sugadina arba sunaikina daiktą, kuris yra kito asmens nuosavybė, arba kai kas nors kam nors žalos padaro kriminaliniu deliktu, kaip antai kūno sužalojimu arba vagyste. Pastaruoju atveju civilinė sankcija yra pridedama prie baudžiamosios sankcijos. Pirmojo tipo žalos padarymas esti tuo atveju, kai, pavyzdžiui, dvi šalys sudaro sutartį ir viena sutarties šalis padaro kitai šaliai žalą savo sutartinės prievolės nevykdymu. Šiuo atveju civilinės sankcijos sąlyga esantys faktai skyla į dvi dalis – į sutarties sudarymą ir sutarties sąlygoms priešingą elgesį, o bendresniais terminais – į teisinio sandorio sudarymą ir sandorio sąlygoms priešingą elgesį.

Tam tikrą elgesį galima laikyti priešingu teisinio sandorio sąlygoms dėl to, kad subjektyvioji teisinį sandorį konstituojančio akto (arba aktų) prasmė yra norma. Teisinis sandoris yra normos sukūrimo faktas. Tradicinėje teisės terminijoje „teisinio sandorio“ terminu įvardijamas ir normos sukūrimo aktas, ir tuo aktu sukuriama norma. Tipiškas teisinis sandoris yra sutartis. Sutartimi šalys susitaria, kad jos viena kitos atžvilgiu privalo elgtis tam tikru būdu. Ši „privalomybė“ yra subjektyvioji teisinio sandorio prasmė. Bet ji yra ir jo objektyvioji prasmė. Taigi tam tikras aktas yra normos sukūrimo faktas, jeigu (ir tiek, kiek) teisinė tvarka suteikia šiam faktui tokią savybę; o šitai teisinė tvarka daro teisinio sandorio sudarymą kartu su teisinio sandorio sąlygoms priešingu elgesiu padarydama civilinės sankcijos sąlyga. Teisinį sandorį institucionalizuodama kaip teisėkūros faktą, teisinė tvarka teisei pavaldžius individus įgalina jų tarpusavio santykius, neperžengiant įstatymų leidybos būdu arba papročiu sukurtų bendrųjų teisės normų ribų, reguliuoti normomis, sukurtomis teisiniais sandoriais. Šios teisiniais sandoriais sukurtos normos, nustatančios ne sankcijas, bet elgesį, kurio priešybė yra bendrųjų normų nustatytos sankcijos sąlyga, nėra nepriklausomos teisės normos. Jos yra teisės normos tik kartu su bendrosiomis, sankcijas nustatančiomis teisės normomis. Civilinis teismas, sprendžiantis iš teisinio sandorio kylantį ginčą, turi nustatyti ne tik bendrosios normos, kuria buvo grindžiamas teisinis sandoris, galiojimą, bet ir teisinio sandorio sudarymo, sandorio sąlygoms priešingo elgesio buvimo bei juo padarytos žalos neatlyginimo faktą; tai nustatęs jis turi išleisti tokią individualiąją normą: jeigu teismo nustatyta žala nėra atlyginama per nustatytą laiką, privalu vykdyti sankciją, kurią numato teismo taikoma bendroji teisės norma. Bendrosios teisės normos numatyta sankcija konstituoja (kaip pagrindinę pareigą) pareigą susilaikyti nuo teisinio sandorio sąlygoms priešingo elgesio, taigi susilaikyti nuo žalos padarymo, o šios pareigos pažeidimo atveju ji konstituoja (kaip pakaitinę pareigą) pareigą atlyginti padarytą žalą. Šios sankcijos galima išvengti arba atliekant teisiniu sandoriu tiesiogiai sukurtą pareigą, arba, šios pareigos neatlikus, atliekant pareigą atlyginti žalą. Ši pareiga pakeičia pagrindinę pareigą. Tas pats pasakytina apie tuos atvejus, kai žala yra padaroma ne teisinio sandorio sąlygoms priešingu elgesiu, bet apskritai nebaudžiamu elgesiu. Bet jeigu žala yra padaroma tokiu elgesiu, kuris yra bausmės sąlyga (tokiu kaip sunkus kūno sužalojimas), tai šios sankcijos negalima išvengti atlikus pareigą atlyginti žalą, padarytą baudžiamuoju deliktu; juk tokiu atveju šią pareigą konstituojanti civilinė sankcija pridedama prie baudžiamosios sankcijos, konstituojančios pareigą susilaikyti nuo baudžiamojo delikto padarymo. Šios pareigos atžvilgiu pareiga atlyginti žalą nėra pakaitinė pareiga.

Teisinis sandoris, kaip ir teisinio sandorio sąlygoms priešingo elgesio deliktas bei tuo padarytos žalos neatlyginimo deliktas, yra civilinės sankcijos sąlygos. Teisinis sandoris nuo delikto skiriasi tuo, kad pagal teisinę tvarką sandoris sukuria normą kaip savo prasmę, o deliktas nėra teisinės tvarkos institucionalizuotas normos sukūrimo faktas. Civilinė sankcija, kaip prievartos aktas, yra nukreipiama ne prieš teisinį sandorį sudariusį individą, bet prieš tokį individą, kuris, sudaręs teisinį sandorį, elgiasi priešingai jo sąlygoms arba neatlygina tokiu elgesiu padarytos žalos.

Sutartis

Nelygu teisinio sandorio sudarymo būdas, t. y. tai, ar jį sudaro vieno individo aktas, ar dviejų arba daugiau individų aktai, yra skiriami vienašaliai ir dvišaliai (arba daugiašaliai) teisiniai sandoriai. Šiuolaikinėje teisėje užvis svarbiausias teisinis sandoris yra dvišalis (arba daugiašalis) sutarties sandoris.

Sutartimi du arba daugiau individų paskelbia savo susitarimą, t. y. padaro suderintus į jų elgesį vienas kito atžvilgiu nukreiptos valios pareiškimus. Teisinė tvarka gali, bet nebūtinai turi, nustatyti, kokia turi būti šių pareiškimų forma, kad jie konstituotų teisiškai saistančią sutartį, t. y. kad jie sukurtų normas, nustatančias susitariantiesiems individams pareigas arba suteikiančias jiems teises; pavyzdžiui, įstatymas gali nustatyti, kad šie valios pareiškimai turi būti padaromi raštu, o ne vien žodžiu arba gestais. Šiaip ar taip, individai turi kaip nors išreikšti savo valią, t. y. padaryti ją akivaizdžią. Priešingu atveju teisės taikymo procese, ypač teismo, būtų neįmanoma nustatyti sutarties sudarymo fakto.

Tikroji sutarties šalies valia gali skirtis nuo jo pareikštosios, nes kita sutarties šalis arba teisės taikymo organas gali suteikti tam pareiškimui kitokią prasmę nei toji, kurią šalis pati ketino pareikšti. Tokios neatitikties padarinių teisės mokslas nustatyti negali, tai padaryti gali tik teisinė tvarka. Teisinė tvarka gali nustatyti, jog sutartis nebuvo sudaryta, jeigu viena šalis gali įrodyti, kad ta prasmė, kurią jis ketino suteikti savo pareiškimui, skiriasi nuo tos, kurią jai priskyrė kita pusė. Bet teisinė tvarka gali nustatyti ir tai, kad tokia neatitiktis neturi reikšmės sutartimi sukurtos normos galiojimui, kad ši neatitiktis yra teisiškai nerelevantiška, kad tai, kas iš tikrųjų turi reikšmės, yra tai, kokią prasmę, teisės taikymo organo manymu, paprastai galima priskirti kitos šalies pareiškimui. Teisinė tvarka gali padaryti svaresnį pareiškimą, o ne tikrąją valią, arba padaryti svaresnę tikrąją valią, o ne pareiškimą. Kuriam iš šių dviejų sprendimų teikiama pirmenybė, priklauso nuo teisinės politikos principų, kuriais vadovaujasi įstatymų leidėjas. Verslo srityje saugumo idealas gali paskatinti vienokį sprendimą, individo laisvės idealas – kitokį.

Kad sutartis būtų sudaryta, vienos šalies pareiškimas turi būti adresuojamas kitai šaliai, o ši turi jį akceptuoti. Todėl sakoma, kad sutartis susideda iš ofertos ir akcepto. Akceptavus ofertą, atsiranda teisiškai galiojanti norma, reguliuojanti sutarties šalių elgesį viena kitos atžvilgiu. Jeigu ši norma nustato pareigą šaliai oferentei, tai jos oferta savo pobūdžiu yra pažadas. Ofertos ir akcepto atskyrimas reiškia, kad abu pareiškimai nėra padaromi vienu metu. Oferta turi aplenkti akceptą. Todėl čia iškyla kai kurių klausimų: ar

šalis oferentė oferta išreikštą valią turi išlaikyti iki akcepto momento, kad akcepto metu abi valios sutiktų, o jeigu taip nėra (nes šalis oferentė per tą laiką apsigalvojo ir šį pakeitimą išreiškė atšaukdama ofertą), tai ar nėra sudaryta jokios sutarties? Arba: ar po to, kai oferta jau padaryta, valios pakeitimas jau yra nerelevantiškas, vadinasi, ofertos nebegalima atšaukti? Ir dar: jeigu jos negalima atšaukti, kaip ilgai šalis oferentė yra saistoma savosios ofertos? Tai klausimai, į kuriuos galima atsakyti tik remiantis pozityviosiomis teisinės tvarkos normomis. Tai tvarkai ofertą leidžiant atšaukti bet kuriuo metu iki akcepto, yra apsunkinamas sutarčių tarp individų, nesančių toje pačioje vietoje vienu metu, sudarymas. Siekdama pašalinti šį apsunkinimą, teisinė tvarka kartais nustato, kad šalį oferentę jos oferta saisto tam tikromis aplinkybėmis ir tam tikrą laiką. O tai reiškia, kad sutartis yra sudaryta ir galioja, jeigu per tą laiką oferta yra akceptuojama, net jeigu šalis oferentė pakeičia savo pareikštą valią. Akceptavus ofertą yra sukuriama norma, kuri (šiuo atveju) šalį oferentę įpareigoja net prieš jos valią.

Kad sutartis būtų sudaryta, reikia suderintų susitariančiųjų šalių valios pareiškimų, t. y. tokių pareiškimų, pagal kuriuos šalys nori to paties dalyko. Taip sukuriama norma, kurios turinį apibrėžia suderinti pareiškimai. Reikia aiškiai skirti sutartį, kaip normos sukūrimo faktą, ir šiuo aktu sukurtą normą. Tačiau tradicinėje terminijoje žodžiu „sutartis" įvardijama ir viena, ir kita. Kalbama apie sutarties sudarymą, o turimi galvoje aktai, sudarantys normos sukūrimo faktų kompleksą. Arba kalbama apie sutarties galiojimą, o turima galvoje šiais aktais sukurta norma; juk „galiojanti" gali būti tik norma, o ne aktas. Temporalinę sutartimi sukurtos normos galiojimo sritį gali apibrėžti jos turinys; galima sudaryti sutartį, galiojančią tam tikrą laiką. Norma gali nustatyti, jog sutarties galiojimą bet kada galima nutraukti vienašališku vienos šalies pareiškimu. Pagal pozityviąją teisę taip gali būti ir tuo atveju, kai buvo sudaryta tokia sutartis, kurios galiojimo laikas neapibrėžtas. Jeigu galiojimo trukmę apibrėžia pati sutartimi sukurta norma, šios trukmės negalima nutraukti vienašališku vienos šalies pareiškimu. Vadinasi, sutartį nutraukti anksčiau nustatyto laiko galima tik remiantis abiejų šalių sukurta norma. Kitaip tariant, sutartį galima nutraukti tik kita tų pačių šalių sudaryta sutartimi.

Paprastai sutartimi sukuriama norma gali nustatyti tik susitariančiųjų šalių pareigas bei teises. Tai yra vadinamasis privačios autonomijos principas. Bet teisinė tvarka gali leisti ir tokias sutartis, kai yra įpareigojami arba teisės yra suteikiamos tokiems individams, kurie nėra susitariančiosios šalys, būtent vadinamąsias sutartis trečiųjų asmenų naudai (arba debetui). Sutartimi sukurta norma susitariančiosioms šalims gali nustatyti tokias pat pareigas ir suteikti tokias pat teises. Bet ji taip pat gali skirtingoms šalims nustatyti skirtingas pareigas arba pareigą nustatyti tik vienai šaliai, o teisę suteikti tik kitai. Tačiau dėl tokio turinio visada turi būti visų sutarties šalių ketinimai. Sutartimi sukurta norma yra individualaus pobūdžio, kaip, pavyzdžiui, pirkimo–pardavimo sutartis, pagal kurią viena šalis yra įpareigota tik vienąkart perduoti kitai tam tikrą objektą, o kita šalis yra įpareigota tik vienąkart sumokėti tam tikrą sumą pinigų.

Tačiau sutartis gali būti ir bendro pobūdžio, t. y. ji šalis gali įpareigoti atlikti ne vienkartinį veiksmą arba vieną jų įpareigoti atlikti vieną veiksmą, o paskui kitą – atlikti at-

sakomąjį veiksmą, bet atlikti neapibrėžtą skaičių veiksmų arba veiksmų ir atsakomųjų veiksmų, kaip antai sutartis, pagal kurią draudimo kompanija įsipareigoja atlyginti individui gydymo išlaidas kiekvienąkart, kai jis suserga, o apdraustasis individas įsipareigoja kas mėnesį mokėti draudimo kompanijai tam tikrą sumą pinigų.

Kai kuriose tarptautinėse sutartyse esama nuostatos dėl prisijungimo prie sutarties. Tokia nuostata įgalina prie sutarties prisijungti bet kurią valstybę arba kai kurias valstybes. Prisijungti galima vienašališku pareiškimu arba pasiūlymu, kurį turi akceptuoti visos sutarties šalys, jų dauguma arba sutartimi įkurtas organas. Antruoju atveju prisijungiama nauja sutartimi; pirmuoju – vienašališku paklusimu sutarčiai. Prisijungus prie sutarties, sutartis įsigalioja prisijungusiajai šaliai.

Ypatingos rūšies bendrąsias normas sukuriančios sutartys arba tarptautinės sutartys yra tos, kuriomis sukuriami asociacijų įstatai (nacionalinėje teisėje) arba tarptautinių organizacijų, tokių kaip Tautų sąjunga arba Jungtinės Tautos, konstitucijos (tarptautinėje teisėje). Prisijungimas prie asociacijos arba tarptautinės organizacijos – tai prisijungimas prie asociaciją arba tarptautinę organizaciją konstituojančios sutarties. Jeigu toks prisijungimas yra galimas tik asociacijos arba tarptautinės organizacijos organo sutikimu, tai toks prisijungimas yra grindžiamas sutartimi tarp asociacijos arba tarptautinės organizacijos, viena, ir prisijungiančiojo subjekto, antra. Jeigu prisijungti galima vienašališku prisijungiančiojo subjekto pareiškimu, tai bus paklusimas galiojančiai dalinei teisinei tvarkai. Prisijungimo aktu asociacijos įstatų arba organizacijos konstitucijos normos įgyja galią prisijungiančiajam subjektui, o tai reiškia, kad šiam subjektui jos yra sukuriamos kaip galiojančios.

Toks privataus individo prisijungimas prie asociacijos arba valstybės prisijungimas prie tarptautinės organizacijos yra vienašalis teisinis sandoris, besiskiriantis nuo sutarties arba tarptautinės sutarties. Privatinėje teisėje toks vienašalis teisinis sandoris yra ir viešai paskelbtas pažadas atsilyginti už kažko atlikimą. Abiem atvejais subjekto aktu sukuriama norma arba normos, įpareigojančios aktą atliekantį subjektą. Pagal tai šie vienašaliai teisiniai sandoriai yra skiriami nuo įstatymų leidybos aktų, teismo sprendimų ir administracinių dekretų, kurie visi sukuria normas, įpareigojančias kitus subjektus, o ne tuos, kurie šiuos aktus atlieka.

i) Administravimas

Tradicinė teorija, be įstatymų leidybos ir jurisdikcijos, viena iš trijų esminių valstybės funkcijų laiko administravimą. Įstatymų leidyba ir jurisdikcija yra teisinės funkcijos siauresne šio termino prasme, t. y. funkcijos, kuriomis yra sukuriamos arba taikomos nacionalinės teisinės tvarkos normos; čia teisės normos taikymas yra kitos normos sukūrimas arba normos numatyto prievartos akto įvykdymas[97]. Šias funkcijas vykdantys individai yra teisiniai organai. Šiuo atžvilgiu jie yra valstybės organai, t. y. jų funkcija yra priskiriama

[97] Plg. § 30c.

„valstybei“ (nacionalinės teisinės tvarkos konstituojamai teisinei bendruomenei). O tai reiškia, kad šios funkcijos yra susijusios su tą bendruomenę konstituojančios prievartinės tvarkos personifikavimu.

Ši prievartinė tvarka – tai valstybę konstituojanti nacionalinė teisinė (t. y. prievartinė) tvarka, nes: 1) šioms funkcijoms ji sukuria organus, veikiančius pagal darbo pasidalijimo principą, t. y. toms funkcijoms tiesiogiai arba netiesiogiai pašauktus organus, kitaip tariant, santykinai centralizuotus organus; 2) šios prievartinės tvarkos galiojimo teritorinė sritis yra apribojama tam tikra griežtai apibrėžta erdve, vadinamąja valstybės teritorija; 3) preziumuojama, kad ji yra aukščiausioji tvarka arba tvarka, žemesnė tik už tarptautinę teisinę tvarką. Tačiau pažymėtina, kad teisines funkcijas (nacionalinės teisinės tvarkos normų kūrimą ir taikymą) vykdo ne tik centriniai organai, bet ir decentralizuotos procedūros, kaip antai tada, kai bendrosios teisės normos kuriamos papročiais, o individualiosios ir bendrosios teisės normos – teisiniais sandoriais. Šias teisines funkcijas vykdantys individai yra visiškai tokie pat teisiniai organai, kaip ir įstatymų leidybos organai arba teisėjai, o jų funkciją valstybei galima priskirti lygiai taip pat, kaip ir įstatymų leidybą bei jurisdikciją. Tačiau tradicinė terminija tam nepritaria. Papročiu arba teisiniu sandoriu sukurtos normos nėra apibūdinamos kaip valstybės sukurta teisė, nors šios normos nacionalinei (valstybės) teisinei tvarkai priklauso lygiai taip pat, kaip ir įstatymų leidybos arba jurisdikcijos būdu sukurtos normos. Tradicinė terminologija yra linkusi „valstybės organais“ vadinti tik daugiau ar mažiau centrinius teisinius organus, t. y. ji yra linkusi teisinei bendruomenei, valstybei priskirti tik tokių organų vykdomas funkcijas. Šiuo požiūriu būdinga tai, kad, kaip minėta, parlamentas yra laikomas valstybės organu, o elektoratas arba atskiras rinkėjas – ne[98].

Vadinamoji valstybės administravimo funkcija iš esmės yra to paties tipo, kaip ir įstatymų leidyba bei jurisdikcija, būtent – teisinė funkcija siauresne teisės normų kūrimo ir taikymo prasme. Vyriausybės, kaip aukščiausio administracinio organo, funkcija yra dalyvavimas (jai konstitucijos deleguotas) įstatymų leidyboje, naudojimasis konstitucijos deleguotu įgalinimu sudaryti tarptautines sutartis, pavaldiems administraciniams organams bei piliečiams adresuojamų ordonansų bei administracinių įsakų leidimas, t. y. bendrųjų ir individualiųjų normų kūrimas bei taikymas. Teisinės technikos požiūriu administracinis aktas, nustatantis sankcijas sveikatos apsaugos, verslo arba judėjimo srityse ir šitaip įpareigojantis teisės subjektus elgtis tam tikru būdu, niekuo nesiskiria nuo baudžiamojo arba civilinio įstatymo. Vyriausybei pavaldžios administracinės institucijos (ypač policijos organai) turi taikyti sankcijas numatančias bendrąsias teisės normas; nuo teismų jurisdikcijos šios funkcijos skiriasi ne savo turiniu, o tik funkciją vykdančio organo prigimtimi. Vykdydamas savo funkciją, teisėjas yra nepriklausomas nuo aukštesnio organo, t. y. jį saisto tik jo taikomos bendrosios normos; tuo tarpu administracinis organas, vykdydamas savo funkciją, turi paklusti aukštesnio organo nurodymams. Bet tai nėra absoliutus skirtumas, nes aukščiausi administraciniai organai (nes nėra aukštesnių) yra tokie

[98] Plg. § 30c.

pat nepriklausomi, kaip ir teisėjai. Išskyrus šį teismo organų nepriklausomumą, teismo, už vagystę skiriančio įkalinimą kalėjime, o už įžeidimą – baudą, funkcija nesiskiria nuo administracinio organo, už mokesčių, sanitarijos arba eismo įstatymų pažeidimus skiriančio analogiškas sankcijas, funkcijos. Be to, sankcijos, net ir paskirtos teismo, vykdymas yra administracinis aktas, o vykdantysis organas yra ne teismo, bet administracinis organas.

Funkcinio skirtumo tarp teisminės ir administracinės funkcijų esama tada, kai prievartos aktas savo pobūdžiu nėra sankcija, kai yra taikomos teisės normos, nustatančios prievartinį pacientų internavimą, priverstinę nuosavybės ekspropriaciją arba sunaikinimą bei panašius prievartos aktus, kurie nėra reakcija į neteisėtą elgesį[99].

Nuo dviejų minėtų valstybės administracinės veiklos tipų, kaip teisinių funkcijų siauresne prasme, iš esmės skiriasi tas tipas, kai tam tikru būdu kvalifikuojami ir „valstybės pareigūnais“ vadinami individai ne kuria arba taiko teisės normas, o jų laikosi. Ši valstybės administravimu vadinama veikla yra tos pačios rūšies, kaip ir ekonominė arba kultūrinė privačių individų veikla. Kaip pastarieji, lygiai taip pat ir valstybė gali tiesti ir tvarkyti geležinkelius, statyti mokyklas ir ligonines, remti švietimą, ligoniams teikti medicinos pagalbą. Ši veikla nuo panašios privačių individų veiklos skiriasi ne savo turiniu (t. y. kaip valstybės administravimas), o tuo, kad ją atliekantys individai yra teisiškai kvalifikuojami kaip valstybės pareigūnai. O tai reiškia, kad šios funkcijos, vykdomos tam tikromis aplinkybėmis, būtent kai tai daro tam tikru būdu kvalifikuojami individai, yra priskiriamos ne individams, bet valstybei. Šio kvalifikavimo esmė bus aptarta vėliau[100]. O čia reikia pabrėžti, kad ši veikla, interpretuojama kaip valstybės administravimas, yra specifinių oficialių pareigų turinys. Šias oficialias pareigas konstituoja teisės normos, oficialių funkcijų nevykdymą arba netinkamą vykdymą susiejančios su vadinamosiomis drausminėmis nuobaudomis. Įprastoje terminijoje valstybei yra priskiriama ne pati oficiali pareiga, o tik tos funkcijos, kurios vykdomos atliekant šią oficialią pareigą, lygiai taip pat, kaip drausminė nuobauda už tokios oficialios pareigos neatlikimą nėra laikoma nukreipta prieš valstybę. Jeigu parlamentas priima sprendimą (ir suteikia jam įstatymo formą), kad valstybė privalo nutiesti ir tvarkyti geležinkelį, ir jeigu šis sprendimas yra interpretuojamas kaip konstituojantis valstybės „pareigą“, tai valstybei priskiriama yra ne oficiali čia aptariamų organų pareiga. Tokių oficialių pareigų esama ir tais atvejais, kai valstybė, sprendžiant iš įstatymo formuluočių, yra tik įgalinta nutiesti ir tvarkyti geležinkelį. Jeigu čia vartojamas „valstybės pareigos“ terminas, tai nėra pareiga griežta teisine šio žodžio prasme[101]. Jeigu veikla, interpretuojama kaip valstybės administravimas, yra ne teisės normų kūrimas ir taikymas, o jų laikymasis, t. y. oficialių pareigų atlikimas, kai tai daro valstybės pareigūnai, kitaip tariant, jeigu „valstybei“ yra priskiriama ne teisėkūros arba teisės taikymo, o teisės laikymosi funkcija, tada pagal tradicinę kalbos vartoseną valstybei priskiriamas elgesys ne tik turi būti apibrėžiamas tą bendruomenę konstituojančios teisinės tvarkos – jis turi būti ir individų, kvalifikuojamų kaip „valstybės pareigūnai“, funk-

[99] Plg. § 6b, poskyrį „Kitokie nei sankcijos prievartos aktai“.
[100] Plg. p. 241 ir toliau.
[101] Plg. p. 246 ir toliau.

cija. Bet pažymėtina, kad teisės taikymo ir teisėkūros funkcijos gali būti ir individų, kvalifikuojamų kaip „valstybės pareigūnai", specifinės oficialios pareigos. Valstybės pareigūnais gali būti ne tik jurisdikcines funkcijas vykdantys administraciniai organai, bet ir nepriklausomi teisėjai, o valstybės administracinė veikla apima ir teisės normas sukuriančių teisinių sandorių sudarymą, ir tokiais sandoriais sukurtų pareigų atlikimą bei naudojimąsi jais sukurtomis teisėmis. O tai reiškia, kad valstybei galima priskirti ir šias funkcijas, kaip pareigūnų teisinių pareigų turinį (vadinasi, kaip teisės laikymosi funkcijas), t. y. jas galima interpretuoti kaip valstybės administravimo aktus. Savo pobūdžiu jos visų pirma yra teisės laikymosi funkcijos dėl to, kad yra vykdomos atliekant oficialių organų oficialias pareigas, ir tik po to (jeigu jos yra susijusios su teisinių sandorių aktais) jos yra normų kūrimo funkcijos.

Normos, nustatančios šiems individams specifines oficialias pareigas bei suteikiančios jiems specifinę kompetenciją ir šitaip reguliuojančios jų elgesį, visuminėje teisinėje tvarkoje, reguliuojančioje visų individų elgesį teritorinėje jos galiojimo srityje, sudaro dalinę teisinę tvarką, konstituojančią tik dalinę pareigūnų bendruomenę – valstybę kaip vyriausybės vadovaujamą biurokratinį aparatą. Šią siauresnę valstybės sampratą reikia skirti nuo platesnės sampratos, apimančios visus tos valstybės teritorijoje gyvenančius individus. Antroji apima pirmąją. Antroji yra visuminės teisinės tvarkos, reguliuojančios visų tos valstybės teritorijoje gyvenančių individų elgesį, personifikacija, o pirmoji – dalinės teisinės tvarkos, reguliuojančios pareigūnų funkcijas, personifikacija. Šių funkcijų priskyrimas valstybei rodo jų sąsają su šios dalinės teisinės tvarkos vienove. Bet šias funkcijas susiejant su dalinės teisinės tvarkos vienove, jos kartu susiejamos su visumine teisine tvarka, apimančia šią dalinę tvarką. Priskyrimas valstybei siauresne prasme implikuoja priskyrimą valstybei platesne prasme.

Jeigu manoma, kad nacionalinės teisinės tvarkos (arba „valstybės", nes tai yra tas pats dalykas) tikslas yra užtikrinti teisėtą elgesį, tokį, kai pareigos yra atliekamos, o sankcijų yra vengiama, taip pat, nustatant teises bei pozityvius leidimus, tam tikrą elgesį (tiek, kiek tas elgesys nėra priskiriamas valstybei, nėra interpretuojamas kaip valstybės funkcija) padaryti teisiškai galimą, tai šį valstybės tikslą galima pasiekti tik netiesiogiai per valstybės (arba teisinę) funkciją, kurią sudaro prievartos aktų numatymas ir vykdymas. Tačiau jeigu (pavyzdžiui, imkime valstybės administravimą, kuris savo pobūdžiu yra ne arba nėra visų pirma teisėkūra arba teisės taikymas – jis yra jos laikymasis) pareigūno elgesys yra priskiriamas valstybei, yra interpretuojamas kaip valstybės funkcija siauresne prasme, tada valstybės platesne prasme tikslas tiesiogiai pasiekiamas per šią valstybės (siauresne prasme) funkciją. Tada netiesioginį valstybės administravimą, kurio funkcija nesiskiria nuo jurisdikcijos, bet, kaip ir ši, yra teisėkūra ir teisės taikymas, galime skirti nuo tiesioginio valstybės administravimo, kuris nuo jurisdikcijos skiriasi iš esmės, nes yra teisės *laikymosi* funkcija, o jeigu jis dar imasi ir teisėkūros funkcijos, tai savo pobūdžiu jis yra ne jurisdikcija, o teisinis sandoris.

Vadinasi, teisės struktūrinės analizės požiūriu „valstybės administravimo" terminas įvardija dvi skirtingas funkcijas, o skiriamoji šių funkcijų riba kerta tą sritį, kuri (pvz.,

valstybės administravimas) tradicinėje teorijoje yra atskiriama nuo jurisdikcija vadinamos funkcijos. Šis atskyrimas išreiškia ne funkcijų skirtingumą, bet dviejų pareigūnų korpusų (administracijos ir teismų) skirtingumą. Šių dviejų pareigūnų korpusų atsiradimą šiuolaikinėje valstybėje galima tik istoriškai paaiškinti, o ne pateisinti teisės sisteminimo požiūriu.

j) Skirtingo lygmens normų konkurencija

„Neteisėtas" teismo sprendimas

Kadangi teisinė tvarka yra viršesnių ir subordinuotų normų hierarchija, o norma tam tikrai teisinei tvarkai priklauso dėl to (ir tiek, kiek) ji atitinka aukštesnę normą, apibrėžiančią jos kūrimą, iškyla galimos aukštesnės ir žemesnės normos konkurencijos problema. Klausimas čia toks: kas yra teisė, jeigu tam tikra norma neatitinka normos, nustatančios, kaip ji kuriama, ypač jeigu ji neatitinka normos, iš anksto apibrėžiančios jos turinį. Atrodo, kad tokios konkurencijos esama, jeigu tam tikri tradicinio teisės mokslo posakiai yra suprantami pažodžiui; tokie posakiai yra „neteisėti" teismo sprendimai ir „antikonstituciniai" įstatymai – jie sudaro įspūdį, tarsi būtų įmanomi tokie dalykai kaip „normai priešinga norma" apskritai ir konkrečiai – „teisės normai priešinga teisės norma". Ir išties atrodo, kad pati teisė pripažįsta teisei priešingos teisės galimybę ir imasi įvairių priemonių, siekdama tokią „neteisėtą" teisę panaikinti. Tačiau „normai priešinga norma" prieštarauja pati sau; teisės normos, tariamai konkuruojančios su jos kūrimą apibrėžiančia norma, būtų negalima laikyti galiojančia teisės norma – ji būtų niekinė, vadinasi, apskritai nebūtų teisės norma. Kas yra niekinis, to negalima panaikinti. Panaikinti normą nereiškia panaikinti aktą, kurio subjektyvioji prasmė yra toji norma. Kas faktiškai įvyko, negalima padaryti neįvykusiu. Panaikinti normą reiškia atimti iš akto, kurio subjektyvioji prasmė yra norma, objektyviąją normos prasmę, o tai reiškia – vienos normos galiojimą nutraukti kita norma. Jeigu teisinė tvarka įgalina panaikinti tam tikrą normą, pirmiausia ji, kaip parodys tolesnė analizė, turi šią normą pripažinti objektyviai galiojančia, t. y. teisėta, teisės norma.

Klausimą, ar konkrečiu atveju esama faktų, kuriuos teisės norma susieja su sankcija, reikia sieti su klausimu, kas yra įgalintas atsakyti į pirmąjį klausimą. Panašiai ir klausimo, ar tam tikra teisinio organo sukurta norma atitinka jos kūrimą arba turinį apibrėžiančią aukštesnę normą, negalima atskirti nuo klausimo, kas pagal teisinę tvarką yra įgalintas spręsti pirmąjį klausimą. Abu klausimus gali spręsti teisinės tvarkos tam įgalintas organas, laikydamasis teisinės tvarkos nustatytos procedūros. Posakis, kad teismo sprendimas arba administracinis dekretas yra neteisėtas, gali reikšti tik tai, kad procedūra, pagal kurią buvo sukurta individualioji norma, neatitinka šią procedūrą apibrėžiančios bendrosios normos arba kad jos turinys neatitinka šį turinį apibrėžiančios bendrosios normos. Kad būtų paprasčiau, panagrinėkime tik tą atvejį, kai kvestionuojama, ar individualioji teismo sprendimo norma atitinka bendrąją normą, apibrėžiančią individualiosios normos turinį.

Jeigu teisinė tvarka leistų šį klausimą spręsti bet kam, vargu ar būtų įmanoma priimti kokį nors ginčo šalis saistantį teismo sprendimą. Todėl pagal pozityviąją nacionalinę teisę šį klausimą gali spręsti tik pats tas teismas arba aukštesnės instancijos teismas. Jeigu teismas teigia, kad išspręsdamas konkrečią bylą jis pritaikė bendrąją teisės normą, tai šis klausimas yra pozityviai išspręstas ir lieka šitaip išspręstas, nebent (ir tol, kol) šis sprendimas būtų panaikintas aukštesnės instancijos teismo sprendimu. Juk pirmojo teismo sprendimas (taigi ir šiuo sprendimu sukurta individualioji norma) pagal pozityviąją teisę nėra niekinis net tuo atveju, kai jį „neteisėtu" laiko teismas, įgalintas spręsti šį klausimą. Ši norma yra tik nuginčijama, t. y. ją, laikantis teisinės tvarkos apibrėžtos procedūros, galima pripažinti negaliojančia. Jeigu šalys kvestionuoja sprendimo „teisėtumą", jos gali šį sprendimą ginčyti tik tuo atveju, kai teisinė tvarka nustato tokį procesą. Bet jeigu teismo sprendimo ginčijimo procesas yra baigtinis, jeigu yra paskutinės instancijos teismas, dėl kurio sprendimo negalima paduoti apeliacijos, jeigu sprendimas turi galutinio sprendimo galią (*Rechtskraft*), tai šio sprendimo „teisėtumo" jau negalima kvestionuoti. Bet ką reiškia tai, kad teisinė tvarka paskutinės instancijos sprendimui suteikia galutinio sprendimo galią? Tai reiškia štai ką: net jeigu galioja teismo taikoma bendroji norma, iš anksto apibrėžianti teismo kuriamos individualiosios normos turinį, gali įsigalioti tokia paskutinės instancijos teismo sukurta individualioji norma, kurios turinys neatitinka šios bendrosios normos. Tai, kad teisinė tvarka paskutinės instancijos teismo sprendimui suteikia galutinio sprendimo galią, reiškia, jog galioja ne tik bendroji norma, iš anksto apibrėžianti teismo sprendimo turinį, bet ir bendroji norma, pagal kurią teismas gali pats apibrėžti teismo kuriamos individualiosios normos turinį. Šios dvi normos sudaro tam tikrą vienovę: paskutinės instancijos teismas yra įgalintas sukurti arba individualiąją teisės normą, kurios turinį iš anksto apibrėžia bendroji norma, *arba* individualiąją normą, kurios turinys nėra šiuo būdu iš anksto apibrėžiamas, bet jį apibrėžia pats paskutinės instancijos teismas. Tačiau ta aplinkybė, kad pirmosios instancijos teismo arba bet kurio kito teismo (išskyrus paskutinės instancijos teismą) sprendimas yra tik nuginčijamas (t. y. galioja, kol jo nepanaikina aukštesnis teismas), reiškia ir tai, kad šie organai teisinės tvarkos yra įgalinti kurti arba individualiąją normą, kurios turinį iš anksto apibrėžia bendroji norma, *arba* individualiąją normą, kurios turinys nėra apibrėžtas iš anksto, bet jį apibrėžia patys šie organai; skirtumas čia tas, kad šių normų galiojimas yra provizorinis (t. y. jį galima panaikinti), kitaip nei galutinio sprendimo galią įgijusių paskutinės instancijos teismo sukurtų individualiųjų normų. O *pastarųjų* galiojimas yra galutinis. Bet ir provizorinis vienų, ir galutinis kitų normų galiojimas remiasi tam tikra teisine tvarka, t. y. bendrąja norma, buvusia dar iki atsirandant šioms individualiosioms normoms. Jeigu šių individualiųjų teisės normų turinį apibrėžia dar iš anksčiau esanti bendroji teisės norma, tai šis yra apibrėžiamas čia minėtos alternatyvos prasme. Kol teismo sprendimas galioja, jis negali būti „neteisėtas". Tad negali būti jokios teismo sukurtos individualiosios normos ir teismo taikomos bendrosios normos konkurencijos – net ir tuo atveju, kai pirmosios instancijos teismo sprendimą galima ginčyti, jei šis sprendimas yra „nuginčijamas". Objektyvus galimo jo panaikinimo pagrindas yra ne jo „neteisėtumas" (ta aplinkybė, kad jis

neatitinka taikomos bendrosios normos; jeigu jis jos neatitiktų, jis būtų paprasčiausiai niekinis, o ne nuginčijamas), o teisinės tvarkos numatoma galimybė įtvirtinti, laikantis tam nustatytos procedūros, kitos, ginčijamu sprendimu nerealizuotos, alternatyvos galutinį galiojimą. Jeigu teismo sukurtą individualiąją normą apskritai galima ginčyti, tai paskutinės instancijos teismo sprendimu ją galima panaikinti ne tik tada, kai pirmosios instancijos teismas pasinaudoja alternatyva pačiam provizoriškai apibrėžti savo kuriamos normos turinį, bet ir tada, kai pirmosios instancijos teismo sukurtos individualiosios normos turinys atitinka jį iš anksto apibrėžiančią bendrąją normą. Jeigu teismo sprendimą apskritai galima ginčyti, tai abiem atvejais šalys jį gali ginčyti objektyviai, o aukštesnis teismas jį gali panaikinti net tuo atveju, kai šalys apeliaciją subjektyviai grindžia ta aplinkybe, kad šis sprendimas neatitinka jį iš anksto apibrėžiančios bendrosios normos. Šalys gali būti tikros dėl to, kad jeigu paskutinės instancijos sprendimas įgyja galutinio sprendimo galią, tai jau yra neįmanoma užkirti kelio galutiniam individualiosios normos, kurios turinio iš anksto neapibrėžia jokia bendroji teisės norma, įsigaliojimui. Galimybe ginčyti teismo sprendimą jos naudojasi tik tada, kai tas sprendimas kenkia jų interesams. Ar jos subjektyviai tą sprendimą laiko atitinkančiu teisę, ar jai priešingu, yra nerelevantiška net ir tuo atveju, kai teisė nustato, jog teismo sprendimą galima ginčyti tik dėl to, kad tam tikrais aspektais jis yra „neteisėtas", vadinasi, šalys jį laiko priešingu teisei. Juk klausimą, ar sprendimas yra „priešingas teisei", turi spręsti ne šalys, bet apeliacinis teismas, o paskutinės instancijos sprendimas galutinio sprendimo galią įgyja bet kuriuo atveju. Jeigu ir būtų kokia nors prasmė kalbėti apie teismo sprendimo teisėtumą arba neteisėtumą *per se*, tai reikėtų sutikti, kad galutinio sprendimo galią turinčiu sprendimu galima panaikinti net ir teisėtą sprendimą.

Tai rodo, kad galimybė bendrosiomis normomis iš anksto apibrėžti teismų kuriamas individualiąsias normas yra labai ribota. Bet ši aplinkybė nepateisina jau minėto požiūrio, esą iki teismo sprendimo nėra jokios teisės, kad visa teisė yra teisėjų sukurta teisė, kad nėra jokių bendrųjų teisės normų – yra tik individualiosios teisės normos.

„Antikonstitucinis" įstatymas

Teiginys, kad galiojantis įstatymas yra „antikonstitucinis", prieštarauja pats sau, nes įstatymas gali galioti tik konstitucijos pagrindu. Jeigu yra pagrindo manyti, kad įstatymas galioja, tai jo galiojimo pagrindas turi būti konstitucija. Apie negaliojantį įstatymą negalima sakyti, kad jis yra „antikonstitucinis", nes negaliojantis įstatymas apskritai nėra įstatymas; teisiškai jo nėra, tad negalima suformuluoti jokio teisinio teiginio apie jį. Kad tradicinei teorijai įprastas teiginys, jog įstatymas yra antikonstitucinis, turėtų kokią nors teisinę prasmę, jo negalima suprasti pažodžiui. Tokio teiginio prasmė gali būti tik ta, kad kalbamąjį įstatymą galima panaikinti ne tik pagal bendrąją konstitucinę procedūrą, būtent pagal taisyklę *lex posterior derogat priori*, bet ir pagal specialią konstitucijoje numatytą procedūrą. Bet kol jis nėra panaikintas, jį reikia laikyti galiojančiu; o kol jis galioja, tol negali būti antikonstitucinis.

Kadangi konstitucija reguliuoja įstatymų leidybos organus bei procedūrą, o kartais tam tikru laipsniu apibrėžia ir būsimų įstatymų turinį, įstatymų leidėjas turi atsižvelgti į tai, kad (kaip paprastai sakoma) konstitucijos normų galbūt ne visada ir ne visiškai griežtai laikomasi, kad subjektyviai tariama, jog tam tikru aktu buvo sukurtas įstatymas, tačiau šio akto vykdymo procedūra arba šiuo aktu sukurto įstatymo turinys neatitinka konstitucijos. Čia kyla klausimas, kas pagal konstituciją turėtų būti įgalintas spręsti, ar konkrečiu atveju buvo laikomasi konstitucijos normų, ar tekstą, kuris savo subjektyviąja prasme turėtų būti konstituciją atitinkantis įstatymas, reikia tokiu laikyti ir jo objektyviąja prasme.

Jeigu spręsti šį klausimą konstitucija įgalintų bet ką, tai piliečius ir teisinius organus saistantis įstatymas kažin ar kada nors išvystų dienos šviesą. Kad išvengtų šitokios situacijos, spręsti šį klausimą konstitucija turi įgalinti vieną ypatingą teisinį organą. Jeigu esama tik vieno centrinio įstatymų leidybos organo, tai toks šio klausimo sprendimas, kai tai daro aukštesnis įstatymų leidybos organas, yra eliminuojamas. Spręsti įstatymo konstitucingumo klausimą gali būti įgalintas tik pats esamas įstatymų leidybos organas arba kitas organas, kaip antai teismas, turintis tą įstatymą taikyti, arba specialus teismas. Jeigu konstitucijoje nėra jokių nuostatų dėl to, kas yra įgalintas nagrinėti įstatymų konstitucingumą, tai galią tą dalyką nagrinėti turi tie organai, kurie turi kompetenciją taikyti įstatymus, pirmiausia teismai. Kadangi jie yra įgalinti taikyti įstatymus, jie turi ir nustatyti, ar kažkas, kas savo subjektyviąja prasme yra įstatymas, ir objektyviai turi šią prasmę; o tokią objektyviąją prasmę jis turi tik tada, kai atitinka konstituciją.

Bet konstitucija gali tam tikrus organus įgalinti taikyti įstatymus kartu eksplicitiškai jų neįgalindama nagrinėti taikomų įstatymų konstitucingumo klausimo. Konstitucijose kartais būna išlygos, kad teismai bei administacinės institucijos neturi nagrinėti jų taikomų įstatymų konstitucingumo. Tačiau toks apribojimas įmanomas tik iš dalies. Teisės taikymo organai negali besąlygiškai kaip įstatymo taikyti bet ko, kas subjektyviai pateikiama kaip įstatymas. Jiems reikia suteikti bent minimalią galią nagrinėti taikomų įstatymų konstitucingumą. Jeigu įstatymą (kad šis taptų saistančiu) valdžia pagal konstituciją turi paskelbti oficialiame leidinyje, tai minėtos nagrinėjimo galios apribojimas reiškia tik tai, kad teisės taikymo organai, pirmiausia teismai, turi paprasčiausiai įsitikinti, ar tai, kas subjektyviąja prasme yra įstatymas, buvo paskelbta šiame leidinyje. Teisės taikymo organai nėra įgalinti nagrinėti, ar tai, kas buvo paskelbta kaip „įstatymas“, sukūrė konstitucinis organas, ar buvo laikomasi konstitucijoje nustatytos procedūros ir ar tai turi konstitucijoje apibrėžtą turinį. Verifikuoti šiuos dalykus gali būti įgalintas valdžios organas, netapatus įstatymų leidybos organui, kuriam konstitucija patiki įstatymų skelbimą. Ir šį įgalinimą galima bent kiek riboti. Valdžios organui, įgalintam paskelbti tam tikrą įstatymą, arba (jeigu nereikalaujama oficialaus skelbimo) organui, įgalintam taikyti įstatymus, reikia turėti teisę nagrinėti bent tai, ar sprendimą dėl to, kas subjektyviai yra teikiama kaip įstatymas, iš tikrųjų priėmė tie organai, kuriuos konstitucija įgalina leisti įstatymus, net jeigu šią riboto verifikavimo teisę turintis organas nėra įgalintas nagrinėti, ar sprendimas dėl to, kas yra teikiama kaip įstatymas, buvo priimtas pagal konstitucinę procedūrą ir ar

šio sprendimo turinys yra konstitucinis. Šis organas negali būti įpareigotas skelbti kaip įstatymą arba taikyti kaip įstatymą bet ką, kas subjektyviai yra teikiama kaip įstatymas. Tokiu atveju spręsti, ar išleistas įstatymas yra konstitucinis, yra įgalintas tik pats įstatymų leidybos organas, o įstatymų leidybos aktas implikuoja pozityvų šio klausimo sprendimą. Vadinasi, visa, ką įstatymų leidėjas išleidžia kaip įstatymą, ir reikia laikyti įstatymu konstitucijos suponuojama prasme, o normos, kurios yra subjektyvioji įstatymų leidybos akto prasmė, turi objektyvią teisės normų prasmę, net jeigu įstatymas (kieno nors kito nuomone) neatitinka konstitucijos normų, reguliuojančių įstatymų leidybos procedūrą ir įstatymų turinį. Tada įstatymų leidybos organo padėtis yra analogiška paskutinės instancijos teismo, kurio sprendimas įgijo galutinio sprendimo galią, padėčiai. Konstitucinis įstatymų leidybos reguliavimas nesuponuoja to, kad galiojantys įstatymai gali atsirasti tik konstitucijoje tiesiogiai nustatytu būdu; jie gali atsirasti ir tokiu būdu, kurį nustato pats įstatymų leidybos organas.

Konstitucijos nuostatos, reguliuojančios įstatymų leidybą, yra alternatyvaus pobūdžio. Konstitucija apima ir tiesioginį, ir netiesioginį įstatymų leidybos reguliavimą, o įstatymų leidybos organas turi iš jų rinktis. Ir konstitucijos autorius, ir įstatymų leidėjas gali nesuvokti šios situacijos arba ją suvokti nepakankamai gerai. Bet objektyviai aprašant tokią teisinę situaciją, kuri sąmoningai arba nesąmoningai sukuriama tada, kai konstitucija kitam organui (ne įstatymų leidėjui) nesuteikia galios nagrinėti įstatymų konstitucingumą, būtinai prieinama prie šios išvados.

Teisinė situacija visiškai pasikeičia, jeigu konstitucija kitam organui (ne įstatymų leidybos organui) suteikia galią nagrinėti įstatymų konstitucingumą ir šį organą įgalina panaikinti įstatymą, kurį jis laiko „antikonstituciniu“. Šią funkciją galima suteikti specialiam teismui arba aukščiausiajam teismui, arba visiems teismams. Jeigu nagrinėti įstatymo, kurį teismas taiko konkrečioje byloje, konstitucingumą yra įgalintas kiekvienas teismas, tai tada, kai teismas tam tikrą įstatymą laiko „antikonstituciniu“, jis paprastai yra įgalintas tik atsisakyti taikyti šį įstatymą konkrečioje byloje, t. y. konkrečioje byloje sustabdyti jo galiojimą; pats įstatymas lieka galioti visoms kitoms byloms ir jį šiose bylose turi taikyti visi teismai, nebent jie savo ruožtu taip pat atsisakytų jį taikyti. Jeigu nagrinėti įstatymų konstitucingumą paliekama vienam specialiam teismui, šis teismas gali būti įgalinamas ne tik sustabdyti įstatymo galiojimą konkrečioje byloje, bet ir apskritai šį įstatymą panaikinti. Tačiau iki tol įstatymas galioja ir visi teisės taikymo organai turi jį taikyti. Toks įstatymas gali galioti ir būti taikomas ilgus metus, kol kompetentingas teismas jį panaikins kaip „antikonstitucinį“. O tai reiškia, kad konstitucijos nuostatos dėl įstatymų, neatitinkančių konstitucijos normų, tiesiogiai reguliuojančių įstatymų leidybą, panaikinimo turi tą prasmę, kad galiojančiais laikytini net šių normų neatitinkantys įstatymai – tol, kol jie nėra panaikinami konstitucijos nustatytu būdu. Vadinamieji antikonstituciniai įstatymai – tai konstituciniai įstatymai, tačiau juos galima panaikinti pagal specialią procedūrą. Ir šiais atvejais konstitucijos nuostatos, reguliuojančios įstatymų leidybą, yra jau minėto alternatyvaus pobūdžio. Įstatymų leidybos organas gali rinktis vieną iš

dviejų būdų: tą, kurį eksplicitiškai nurodo konstitucija, arba tą, dėl kurio nusprendžia pats įstatymų leidybos organas. Skirtumas čia toks, kad antruoju būdu sukurtus įstatymus galima panaikinti pagal specialią procedūrą, o iki tol jie galioja.

Taigi konstitucija, negalėdama išvengti antrojo būdo, pirmenybę teikia pirmajam. Šią pirmenybę išreiškia ir nuostata, kad specialus teismas už dalyvavimą išleidžiant vadinamąjį antikonstitucinį įstatymą gali nubausti tam tikrus asmenis, pagal konstituciją dalyvaujančius (šalia parlamento) įstatymų leidybos procese, kaip antai įstatymus promulguojantį valstybės vadovą arba šio aktus kontrasignuojantį ministrą. Šią procedūrą galima sieti su tokio įstatymo panaikinimo procedūra.

Gretinant konstituciją ir įstatymą asmeninės organo atsakomybės už jo sukurtos normos teisėtumą klausimas yra ne toks opus, kaip tada, kai gretinami konstitucija ir ordonansas arba įstatymas ir ordonansas. Konstitucija gali įgalinti administracinius organus, ypač vyriausybę, tam tikromis aplinkybėmis leisti, suteikiant ordonanso formą, bendrąsias teisės normas, kurios ne įgyvendina jau esančius įstatymus, bet tam tikrus dalykus reguliuoja *in lieu* įstatymų. Jeigu vyriausybė tokį ordonansą išleidžia ne konstitucijoje numatytomis, o kitokiomis aplinkybėmis, tą ordonansą išleidusius vyriausybės narius galima traukti atsakomybėn ir bausti. Šią procedūrą galima, bet nebūtina, sieti su tokio ordonanso panaikinimo procedūra. Panašiai ir administraciniai organai, įgalinti leisti įstatymais grindžiamus ordonansus, gali atsakyti už neteisėtų ordonansų išleidimą, tačiau šie „neteisėti" ordonansai nebūtinai yra atšaukiami. Jeigu ordonansas galioja tol, kol jis nėra panaikintas, arba jeigu jo apskritai negalima panaikinti, tai administracinis organas yra įgalintas jį išleisti; vis dėlto konstitucijos autorius arba įstatymų leidėjas pirmenybę teikia ordonansams, leidžiamiems nenukrypstant nuo eksplicitinių konstitucijos nuostatų arba neperžengiant įstatymo ribų.

Visais šiais atvejais aktas, kuriuo sukuriamos galiojančios teisės normos, savo pobūdžiu yra deliktas, nes jis yra sankcijos sąlyga. Šie atvejai rodo, kad principas *ex injuria jus non oritur*, kurį tradicinė teorija laiko visuotinai galiojančiu, turi išimčių.

Iš to, kas pasakyta, matyti, jog įstatymų konstitucingumo nagrinėjimą, kai tai daro juos skelbti arba taikyti įgalinti organai, galima iš dalies apriboti, bet ne visiškai eliminuoti; šie organai turi spręsti bent tą klausimą, ar tai, kas subjektyviai pateikiama kaip įstatymas, sukūrė konstitucijos įgalintas organas. Jeigu į šį klausimą tas organas atsako neigiamai (pavyzdžiui, tai, kas pretenduoja būti galiojančiu įstatymu, išleido ne konstitucijos įgalintas parlamentas, o uzurpatorius), tai organas, įgalintas nagrinėti to, kas pateikiama kaip įstatymas, konstitucingumo klausimą, atsisakys jį skelbti arba taikyti. Jeigu tai nepadaroma ir jeigu dėl to uzurpatoriaus išleistos bendrosios normos yra efektyvios, tada turime reikalą su revoliuciniu konstitucijos pakeitimu, tad ir su konstituciniu įstatymu, nes jis atitinka naująją konstituciją.

Kaip kompetentingas organas gali atsisakyti skelbti arba taikyti tai, kas subjektyviai pateikiama kaip įstatymas, taip ir organas, įgalintas vykdyti teismo sprendimus, gali atmesti tai, kas subjektyviai pateikiama kaip paskutinės instancijos teismo sprendimas, nes,

to organo nuomone, tą sprendimą priėmė ne tie individai, kurie pagal konstituciją sudaro aukščiausiąjį teismą, o individai, kurie šią poziciją uzurpavo. Jeigu vis dėlto jų sprendimai yra vykdomi ir dėl to yra efektyvūs, tai įvyksta ne revoliucinis visuminis konstitucijos pakeitimas, kaip ankstesnėje situacijoje, o tik revoliucinis dalinis pakeitimas; vadinasi, galioja konstitucinis teismo sprendimas.

Teismo sprendimo teisėtumo arba įstatymo konstitucingumo klausimas, formuluojamas bendriausiais bruožais, yra klausimas, ar aktas, pretenduojantis sukurti teisės normą, atitinka aukštesnę normą, reguliuojančią jos sukūrimą arba turinį. Jeigu šį klausimą turi spręsti tam reikalui įgalintas organas, tai gali kilti klausimas, ar sprendimą priėmęs individas iš tikrųjų yra tas kompetentingas organas, t. y. tas organas, kurį tam reikalui įgalino galiojanti teisės norma. O šį klausimą taip pat gali spręsti dar kitas organas, dėl to jis laikytinas aukštesniu organu. Tačiau ši regresija link aukštesnių organų turi vieną kartą baigtis. Turi būti tam tikri aukščiausi organai, kurių autoritetingos valdžios jau negali nagrinėti dar aukštesni organai, kurių, kaip aukščiausių įstatymų leidybos, administracinių arba teismo organų, pobūdžio jau negalima kvestionuoti. O kad jie yra aukščiausi organai, patvirtina ta aplinkybė, kad jų kuriamos normos yra daugiau ar mažiau efektyvios. Juk tada norma, įgalinanti juos šias normas leisti, yra preziumuojama kaip galiojanti konstitucija. Principas, kad normą gali sukurti tik kompetentingas organas, yra legitimumo principas. Jį riboja efektyvumo principas.

Iš šios analizės išplaukia, kad negali būti jokios įstatymo ir teismo sprendimo, konstitucijos ir įstatymo, konstitucijos ir ordonanso, įstatymo ir ordonanso konkurencijos, o formuluojant bendriausiais bruožais – negali būti jokios aukštesnės ir žemesnės teisinės tvarkos normos konkurencijos, dėl kurios būtų neįmanoma šią normų sistemą aprašyti viena kitai neprieštaraujančiomis teisės taisyklėmis ir šitaip būtų sunaikinta jos vienovė.

k) Pripažinimas niekiniu ir nuginčijamumas

Iš to, kas buvo pasakyta, išplaukia, kad teisinėje tvarkoje negali būti „pripažino niekiniu", t. y. kad teisinei tvarkai priklausanti norma negali būti niekinė, ji gali būti tik nuginčijama. Tačiau teisinės tvarkos numatomas nuginčijamumas gali būti skirtingų laipsnių. Paprastai teisės norma yra panaikinama (t. y. anuliuojama) tik į ateitį, tad jos jau sukelti teisiniai padariniai lieka nepajudinti. Bet išimtiniais atvejais ją galima panaikinti ir retroaktyviai – tada panaikinami ir visi jos jau sukelti teisiniai padariniai, pavyzdžiui, tada, kai panaikinamas baudžiamasis įstatymas ir kartu panaikinami visi juo grindžiami teismo sprendimai, arba tada, kai panaikinamas civilinis įstatymas ir kartu panaikinami visi *juo* grindžiami teisiniai sandoriai bei civilinių teismų sprendimai. Bet iki šio panaikinimo įstatymas galiojo; jis nebuvo niekinis nuo pat pradžios. Todėl nėra teisinga, kai įstatymo panaikinimas yra vadinamas „paskelbimu niekiniu" (vok. *Nichtigkeitserklärung*) arba kai įstatymą naikinantis organas savo sprendimu paskelbia, kad įstatymas buvo niekinis „nuo pat pradžios". Jo sprendimas yra konstitutyvaus, ne vien deklaratyvaus, pobūdžio. Akto, kuriuo norma yra panaikinama, prasmė, kaip ir akto, kuriuo norma yra suku-

riama, prasmė yra norma. Panaikinti kito organo sukurtą normą teisinė tvarka gali įgalinti vieną specialų organą arba ji gali kiekvieną įgalinti spręsti, ar kažkas, kas pretenduoja būti teisės norma, objektyviai turi šią prasmę ir todėl susaisto. Jeigu sprendimas yra šitaip decentralizuotas (pavyzdžiui, jeigu teisinė tvarka, kaip bendrosios tarptautinės teisės atveju, neinstitucionalizuoja organų, turinčių kurti ir taikyti teisės normas ir dirbančių pagal darbo pasidalijimo principą), tai šis sprendimas, jeigu jį priima skirtingi individai, gali skirtis: vienas individas gali normą skelbti galiojančia, kitas – niekine. Tačiau tiek, kiek apskritai yra kvestionuojamas normos galiojimas, šis sprendimas yra konstitutyvaus pobūdžio. Kvestionuojamoji norma nėra niekinė nuo pat pradžios. Sprendimas, kad ji yra „niekinė“, ją retroaktyviai panaikina sprendimo subjektui. Net santykinai centralizuotoje nacionalinėje teisinėje tvarkoje nėra neįmanoma, kad individas laikys „niekiniu“ kažką, kas subjektyviai yra pateikiama kaip teisės norma. Bet tai darydamas toks individas pats rizikuoja, būtent jis rizikuoja, kad tai, ką jis laiko niekiniu, kompetentingas organas paskelbs galiojančia teisės norma, o dėl to bus įsakyta įvykdyti šios teisės normos numatytą sankciją.

Nepaneigiama, kad pasitaiko tokių atvejų, kai niekas teisės norma nelaiko kažko (ypač įsakymo), kas pretenduoja ja būti, nors teisinė tvarka ir neįgalina bet ko laikytis tokios nuostatos, t. y. atvejų, kai nėra būtina, kad panaikinimo aktą atliktų specialus organas, pavyzdžiui, jeigu „įstatymą“ išleidžia psichiatrijos ligoninės pacientas. Jeigu tariame, kad tokiais atvejais tas dalykas yra niekinis *a priori*, tai toks buvimas niekiniu nepriklauso teisės sričiai. Tokių atvejų nė neįmanoma apibrėžti teisiškai. Teisinė tvarka negali apibrėžti sąlygų, kuriomis kažkas, kas pretenduoja būti teisės norma, būtų *a priori* laikoma niekiniu, o ne norma, kurią galima panaikinti pagal teisinės tvarkos nustatytą procedūrą. Pavyzdžiui, kai teisinė tvarka nustato, jog norma *a priori* laikytina niekine (ir todėl nereikalaujančia panaikinimo akto), jeigu ją sukūrė ne kompetentingas organas arba jeigu ją sukūrė toks individas, kuris apskritai nėra kvalifikuotinas kaip organas, arba jeigu normos turinys yra toks, kokį konstitucija yra eliminavusi, tada teisinė tvarka turėtų nustatyti, kas turi nustatyti esant šias pripažinimo niekiniu sąlygas, o kadangi toks nustatymas yra konstitutyvaus pobūdžio (nes kvestionuojamos normos pripažinimas niekine yra tokio nustatymo rezultatas ir teisiškai negali būti postuluojamas dar iki tai nustatant), tai toks nustatymas reiškia, kad retroaktyviai yra panaikinama norma, kurią iki tol reikia laikyti galiojančia, net jeigu šis nustatymas yra formuluojamas kaip „pripažinimas niekiniu“. Šiuo požiūriu teisė – tarsi karalius Midas: taip, kaip visa, ką jis paliesdavo, pavirsdavo auksu, lygiai taip pat ir visa, apie ką prabyla teisė, įgyja teisinį pobūdį. Teisinėje tvarkoje „pripažinimas niekiniu“ tėra aukščiausias nuginčijamumo laipsnis.

VI. TEISĖ IR VALSTYBĖ

36. TEISĖKŪRA IR VALDYMO FORMA

Teisinės tvarkos hierarchiškumo doktrina teisę suvokia kaip amžiną judėjimą, kaip nuolat atsinaujinantį savaiminio atsigaminimo procesą. Tai yra dinaminė teisės teorija, priešpriešinama statinei teorijai, mėginančiai teisę suvokti tik kaip sukurtą tvarką (jos galiojimą, galiojimo sritį ir t. t.), o ne svarstant jos kūrimą. Teisės dinamikos problemų centre yra skirtingų teisėkūros metodų klausimas. Nagrinėjant tas teisės normas, kurios sudaro didžiąją teisės sistemos dalį, būtent tas, kurios tam tikrą žmonių elgesį susieja su sankcija, ir pripažįstant, jog individą tam tikru būdu elgtis įpareigoja ta aplinkybė, kad priešingas elgesys yra padaromas sankcijos sąlyga, galima išskirti du teisines pareigas nustatančių teisės normų tipus: tas, kurias kuriant įpareigojamasis individas dalyvauja, ir tas, kurias kuriant jis nedalyvauja. Principas, kuriuo grindžiamas šis skirtumas – tai laisvės (apsisprendimo prasme) principas. Normoms pavaldaus individo požiūriu svarbiausias klausimas yra tai, ar pareiga yra nustatoma jam sutinkant, ar be jo sutikimo, ar net jam prieštaraujant. Tai skirtumas, kuris paprastai apibūdinamas kaip autonomijos ir heteronomijos skirtumas; konstitucinės teisės srityje šiuos du principus teisės teorija laiko esminiais. Čia tas skirtumas reiškiasi kaip demokratijos ir autokratijos arba kaip respublikos ir monarchijos skirtumas; ir čia jis veda prie įprastos valdymo formų klasifikacijos. Bet tai, kas suvokiama kaip valdymo forma, tėra ypatingas teisėkūros metodas. Valdymo forma tėra teisėkūros aukščiausiuoju teisinės tvarkos lygmeniu, būtent konstitucijos lygmeniu, metodas. „Valdymo formos" sąvoka apibūdina tokį bendrųjų teisės normų kūrimo metodą, kai tai reguliuoja konstitucija. Jeigu kaip valdymo formą (vok. *Staatsform*) suprantame tik konstituciją kaip tam tikrą įstatymų leidybos (bendrųjų teisės normų kūrimo) apibrėžimo metodą, taigi jeigu valstybę tapatiname su konstitucija kaip bendrųjų teisės normų kūrimo metodu, tai mes tik žengiame įprastu teisės suvokimo keliu. Yra įprasta teisę matyti vien kaip bendrųjų normų sistemą, nesuvokiant, kad teisinės tvarkos struktūroje turi rasti sau vietos ir bendrųjų normų individualizavimas, judėjimas nuo bendrosios prie individualiosios normos. Valdymo formos tapatinimas su konstitucija kuo tiksliausiai prilygsta teisės tapatinimo su bendrosiomis normomis prietarui. Tačiau valdymo formos, kaip teisėkūros metodo, problema iškyla ne tik konstitucijos lygmeniu, taigi ne tik įstatymų leidybos, kaip *bendrųjų* normų kūrimo, lygmeniu, bet ir visais teisėkūros lygmenimis, ypač įvairiais *individualiųjų* normų – administracinių aktų, teismo sprendimų ir teisinių sandorių – kūrimo atvejais.

37. VIEŠOJI IR PRIVATINĖ TEISĖ

Kaip būdingiausią atvejį pasvarstykime viešosios ir privatinės teisės skirtumą, kuris išties yra tas pamatas, į kurį remdamasis šiuolaikinis teisės mokslas sistemina teisę. Iki pat šių dienų nepavyko rasti visiškai patenkinamo šio skirtumo apibrėžimo. Dauguma laikosi požiūrio, kad čia mes susiduriame su teisinių santykių klasifikavimu: per privatinę teisę reiškiasi vienas kitam nepavaldžių, teisiškai lygioje padėtyje esančių subjektų santykiai, per viešąją teisę – viršesnių ir pavaldžių subjektų, t. y. dviejų subjektų, iš kurių vieno teisinė vertė yra didesnė nei kito, santykiai. Tipiškas viešasis teisinis santykis yra valstybės (arba valdžios) ir valdinio (vok. *Untertan*) santykis. Privatūs teisiniai santykiai vadinami tiesiog „teisiniais santykiais" siauresne šio termino prasme ir šitaip priešpriešinami viešiesiems teisiniams santykiams kaip „galios santykiams" arba „dominavimo" santykiams. Apskritai privatinės ir viešosios teisės diferencijavimas turi tendenciją įgyti teisės ir neteisinės (arba pusiau teisinės) galios (ypač teisės ir valstybės) skirtumo prasmę. Atidžiau analizuojant tam tikriems subjektams priskiriamą aukštesnę jų viršenybės kitų atžvilgiu vertę paaiškėja, kad čia mes susiduriame su teisėkūros faktų diferenciacija. O svarbiausia diferenciacija čia yra ta pati, kaip ir toji, kuri yra valdymo formų klasifikavimo pamatas. Valstybei, t. y. jos organams jų santykio su subjektais aspektu, priskiriamą papildomą teisinę vertę sudaro tai, kad teisinė tvarka individams, kvalifikuojamiems kaip pareigūnai (arba bent jau kai kuriems iš jų), suteikia galią subjektus įpareigoti vienašališku savosios valios pareiškimu (įsakymais). Tipiškas viešojo teisinio santykio pavyzdys yra administraciniu įsaku sukurtas santykis, kai administracinio organo išleista individualioji norma teisiškai įpareigoja adresatą elgtis pagal šį įsakymą. Tipiško privataus teisinio santykio pavyzdys yra teisiniu sandoriu, ypač sutartimi (t. y. sutartimi sukurta individualiąja norma), sukurtas santykis, kai susitariančiosios šalys yra teisiškai įpareigotos viena kitos atžvilgiu elgtis tam tikru būdu. Čia subjektai dalyvauja kuriant juos įpareigojančią normą (tai išties yra sutartinės teisėkūros esmė), o pagal viešąją teisę administracinio įsako įpareigotas subjektas visiškai nedalyvauja kuriant jį įpareigojančią normą. Tai yra tipiškas autokratinio normų kūrimo atvejis, tuo tarpu privati teisinė sutartis yra tipiškas demokratinis teisėkūros metodas. Todėl teisinių sandorių sritis apibūdinama kaip privačios autonomijos sritis.

38. IDEOLOGINIS VIEŠOSIOS IR PRIVATINĖS TEISĖS DUALIZMO POBŪDIS

Jeigu svarbiausias privatinės ir viešosios teisės skirtumas yra suvokiamas kaip dviejų teisėkūros metodų skirtumas, jeigu vadinamieji viešieji valstybės aktai yra pripažįstami teisės aktais lygiai taip pat, kaip ir privatūs teisiniai sandoriai, ir, svarbiausia, jeigu teisėkūros faktus konstituojantys aktai abiem atvejais yra suprantami kaip vadinamosios valstybės valios kūrimo proceso tęsinys, o administraciniu įsaku, lygiai taip pat, kaip ir privačiu teisiniu sandoriu, yra tik individualizuojamos bendrosios normos, tada neat-

rodys paradoksalu tai, kad iš savo universalistinio taško žvelgianti ir visada į teisinės tvarkos visumą (į vadinamąją valstybės valią) nukreipta Grynoji Teisės Teorija privačiame teisiniame sandoryje valstybės aktą (t. y. teisinės tvarkos vienovei priskiriamą teisėkūros faktą) mato lygiai taip pat, kaip ir administraciniame akte. Šitaip Grynoji Teisės Teorija „reliatyvuoja" tą privatinės ir viešosios teisės skirtumą, kurį tradicinis teisės mokslas „absoliutina", ji šį ekstrasisteminį skirtumą, t. y. teisės ir neteisės, teisės ir valstybės skirtumą, paverčia intrasisteminiu skirtumu. Atsikratydama su šio skirtumo absoliutinimu susijusios ideologijos, Grynoji Teisės Teorija įrodo esanti tikrasis teisės mokslas. Juk jeigu viešosios ir privatinės teisės priešpriešа vaizduojama kaip absoliuti valdžios ir teisės arba bent kaip valstybės valdžios ir teisės priešprieša, tai peršama mintis, kad viešojoje teisėje, ypač politiškai svarbioje konstitucinėje bei administracinėje teisėje, teisės principas galioja ne tokia pat prasme ir ne tokiu pat intensyvumu kaip privatinėje teisėje, kuri traktuojama taip, tarsi ji būtų ta „tikroji" teisės sritis. Pagal šią ideologiją viešojoje teisėje vyrauja ne teisė griežtąja šio žodžio prasme, kaip ji vyrauja privatinėje teisėje, o veikiau valstybės interesas, viešosios gerovės siekiai, kuriuos reikia įgyvendinti bet kokiomis aplinkybėmis; todėl bendrosios normos ir vykdomojo organo santykis viešojoje teisėje yra kitoks nei privatinėje teisėje: tai yra ne griežtas įstatymo taikymas konkretiems atvejams (kaip privatinėje teisėje), bet nevaržomas valstybės tikslų įgyvendinimas tik neperžengiant teisės ribų, o ypatingomis aplinkybėmis (tokiais atvejais, kurie vokiečių politikos teorijoje vadinami *Staatsnotrecht*) – net ir priešingai teisei. Bet kritinė analizė rodo, jog pozityviojoje teisėje visa ši diferenciacija neturi jokio pagrindo, nebent ji reikštų ką nors daugiau nei nuorodą į tą aplinkybę, kad įstatymų leidybos, valdžios bei administracinių organų veiklą bendrosios normos paprastai riboja mažiau nei teismų veiklą ir kad pozityviojoje teisėje teismai diskrecijos paprastai turi mažiau nei šie organai. Be to, teorija, kategoriškai pabrėžianti esminį viešosios ir privatinės teisės skirtingumą, pakliūna į vidinio prieštaravimo spąstus, nes laisvę *nuo* teisės, kurią ši teorija tvirtina esant viešosios „teisės" sritimi, valstybės būties sritimi, ji apibūdina kaip „teisės principą" ir šį principą pateikia kaip ypatingą viešosios teisės savybę. Todėl geriausiu atveju teorija galėtų kalbėti apie dvi techniškai skirtingas teisės sritis, o ne apie absoliutų valstybės ir teisės esmės skirtumą. Šis logiškai nepagrindžiamas dualizmas yra ne teorinio, o tik ideologinio pobūdžio. Jį išplėtojo konstitucinė doktrina, o jo paskirtis – vyriausybei bei jos administraciniam aparatui užtikrinti laisvę, tariamai dedukuojamą iš viešųjų reikalų prigimties: ne laisvę nuo teisės (nes tai teisės teorijos požiūriu yra neįmanoma), bet nuo įstatymų, nuo parlamento, kaip tautos atstovybės, kuriamų bendrųjų normų, ir ne tik tuo požiūriu, kad, kaip yra teigiama, griežtas teisinis vyriausybės bei administracinių organų galios apribojimas tariamai yra nesuderinamas su jos funkcija, bet ir tuo požiūriu, kad ten, kur tokio apribojimo esama, jo, jeigu reikia, galima nepaisyti. O šią tendenciją, kaip įprasto vyriausybės ir parlamento antagonizmo padarinį, galima pastebėti ne tik konstitucinėse monarchijose, bet ir demokratinėse respublikose.

Kita vertus, viešosios ir privatinės teisės priešpriešos „absoliutinimas“ sukuria iliuziją, esą politinė valdžia apsiriboja konstitucine ir administracine teise, bet jos visiškai nėra privatinėje teisėje. Anksčiau jau buvo parodyta, kad teisių srityje tokio „politiškumo“ ir „privatumo“ skirtumo nėra, kad privačios teisės yra politinės teisės ta pačia prasme, kaip ir tos teisės, kurios vienintelės yra šitaip apibūdinamos, nes ir vienos, ir kitos leidžia dalyvauti (nors ir skirtingais būdais) formuojant vadinamąją valstybės valią, t. y. politinėje valdžioje. Principinio viešosios (arba politinės) ir privačios (arba nepolitinės) teisinės srities atribojimo paskirtis – neleisti pripažinti, kad teisiniu sutarties sandoriu sukurta „privati“ teisė yra politinės valdžios laukas nė kiek ne mažiau nei įstatymų leidybos arba administravimo būdu kuriama viešoji teisė. Bet vadinamoji privatinė teisė, t. y. normų kompleksas, kurio branduolys yra teisinis privačios nuosavybės institutas, yra (šios teisinės tvarkos dalies visuminėje teisinėje tvarkoje vykdomos funkcijos požiūriu) kapitalistinei sistemai būdingas individualiųjų normų kūrimo metodas. Šis normų kūrimo metodas dera su apsisprendimo principu ir šiuo atžvilgiu yra demokratinio pobūdžio. Bet kapitalistinėje sistemoje bendrųjų teisės normų kūrimas gali būti autokratinio pobūdžio lygiai taip pat, kaip ir demokratinio. Mūsų laikais pagrindinės kapitalistinės valstybės turi demokratines konstitucijas, bet privačios nuosavybės institutas ir individualiųjų teisės normų kūrimas pagal apsisprendimo principą yra galimas ir faktiškai buvo ir absoliutinėse monarchijose. Tuo tarpu socializmo ekonominės sistemos teisinėje tvarkoje, kur pripažįstama tik kolektyvinė nuosavybė, individualiųjų normų kūrimas gali būti autokratinio pobūdžio tiek, kiek privati teisinė sutartis pakeičiama viešosios teisės administraciniu aktu. Bet ir ši sistema su demokratiniu bendrųjų teisės normų kūrimu yra suderinama lygiai taip pat, kaip ir su autokratiniu, t. y. ji yra suderinama ir su demokratine, ir su autokratine konstitucija[102].

Nesupratus teisės hierarchiškumo nesuvokiama ir to, kad skirtingais tos pačios teisinės tvarkos lygmenimis galima taikyti skirtingus teisėkūros metodus ir kad demokratinį bendrųjų teisės normų kūrimą galima derinti su autokratiniu individualiųjų teisės normų kūrimu, ir atvirkščiai[103].

39. TRADICINIS VALSTYBĖS IR TEISĖS DUALIZMAS

Priešprieša, kurią tradicinė teisės teorija taria esant tarp viešosios ir privatinės teisės, aiškiai demonstruoja šiuolaikiniame teisės moksle ir kartu visame mūsų socialiniame mąstyme vyraujantį pamatinį dualizmą – valstybės ir teisės dualizmą. Jeigu tradicinė teisės ir valstybės teorija teisę priešpriešina valstybei ir laiko ją nuo teisės besiskiriančiu organizmu, bet kartu teigia valstybę esant teisine esybe, jai šitai pavyksta tik valstybę suvokiant kaip pareigų ir teisių subjektą, t. y. kaip juridinį asmenį, ir kartu priskiriant jai nuo teisinės tvarkos nepriklausomą būtį.

[102] Plg. Hans Kelsen, „Foundations of Democracy“, *Ethics*, LXVI: 1 (1955), Part II, p. 1–101.

[103] Plg. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), p. 361 ff. ir *General Theory of Law and State* (1945), p. 283 ff.

Iš pradžių privatinės teisės teorija darė prielaidą, kad individo teisinis subjektiškumas logiškai ir laike aplenkia teisinę tvarką; lygiai taip pat ir viešosios teisės teorija darė prielaidą, kad valstybė, kaip kolektyvinis darinys ir valios bei veikimo subjektas, egzistuoja nepriklausomai nuo teisės ir net anksčiau už ją. Pagal šią teoriją valstybė savo istorinę misiją atlieka sukurdama teisę, „savo" teisę, teisinę tvarką, ir vėliau pati jai paklūsta, o tai reiškia, kad valstybė savo pačios teise nustato sau pareigas bei suteikia teises. Šitaip teisė *preziumuoja* valstybę kaip metateisinę esybę, kaip savotišką galingą makrožmogų arba socialinį organizmą, bet kartu ir valstybė kaip teisės subjektas (t. y. kaip jai pavaldi, jos įpareigojama ir įgalinama) *preziumuoja teisę*. Tokia yra abipusiškumo ir valstybės savęs įpareigojimo doktrina, kurios gebėjimui išsilaikyti nėra lygių, nepaisant jos implikuojamų akivaizdžių prieštaravimų.

40. IDEOLOGINĖ VALSTYBĖS IR TEISĖS DUALIZMO FUNKCIJA

Tradicinė valstybės ir teisės teorija negali atsisakyti šios doktrinos ir jos išreiškiamo valstybės bei teisės dualizmo. Juk ji vykdo ideologinę funkciją, kurios svarbą sunku pervertinti. Kad teisė galėtų pateisinti valstybę, kuriančią šią teisę ir kartu jai paklūstančią, valstybė turi būti vaizduojama kaip nuo teisės besiskirianti personifikuota esybė. O teisė valstybę gali pateisinti tik tuo atveju, kai ji yra preziumuojama kaip nuo valstybės iš esmės besiskirianti tvarka, priešinga valstybės pirmykštei prigimčiai, būtent galiai, vadinasi, kaip tokia tvarka, kuri tam tikra prasme yra „teisi" arba „teisinga". Šitaip valstybė iš gryno galios fakto transformuojama į teisinį institutą, pateisinantį save kaip teisės valdomą bendruomenę (*Rechtsstaat*). Tuo laipsniu, kuriuo efektyvumo netenka religinis-metafizinis valstybės pateisinimas, ši valstybės, kaip teisės valdomos bendruomenės, doktrina neišvengiamai tampa vieninteliu įmanomu valstybės pateisinimu. Šios „teorijos" nediskredituoja tas prieštaravimas, kad ji valstybę, kaip juridinį asmenį, padaro teisinio pažinimo objektu, bet kartu primygtinai pabrėžia, kad valstybės, kaip galios, taigi kaip iš esmės besiskiriančios nuo teisės, negalima suvokti teisiškai. Išties, ideologinėse teorijose glūdintys prieštaravimai jų niekada neišmuša iš vėžių. Juk ideologijos siekia ne nuodugniau pažinti, bet pažadinti valią. Šios dualistinės „teorijos" tikslas – ne tiek suprasti valstybės prigimtį, kiek sustiprinti valstybės autoritetą.

41. VALSTYBĖS IR TEISĖS TAPATUMAS

a) Valstybė kaip teisinė tvarka

Nuo ideologijos, tad ir nuo metafizikos bei mistikos laisvas valstybės pažinimas jos esmę gali suprasti tik šią socialinę struktūrą suvokdamas kaip žmonių elgesio tvarką. Valstybė paprastai apibūdinama kaip politinė organizacija. Bet taip tik išreiškiama idėja, kad

valstybė yra prievartinė tvarka. Juk tas specifiškai „politinis“ šios organizacijos elementas – tai šios tvarkos reguliuojamas žmogaus prievartos naudojimas prieš žmogų, šios tvarkos numatyti prievartos aktai. O šie yra prievartos aktai, su kuriais teisinė tvarka susieja tam tikras šios tvarkos nustatytas sąlygas. Kaip politinė organizacija, valstybė yra teisinė tvarka. Bet ne kiekviena teisinė tvarka yra valstybė. Nei ikivalstybinė pirmykštės visuomenės tvarka, nei viršvalstybinė arba tarpvalstybinė tarptautinė teisinė tvarka nėra valstybė. Kad teisinė tvarka būtų valstybė, ji savo pobūdžiu turi būti organizacija siauresne ir specifine šio žodžio prasme, t. y. ji turi sukurti organus, kurie pasidalytų darbą ir kurtų bei taikytų teisinę tvarką sudarančias normas; ji turi pasižymėti tam tikru centralizacijos laipsniu. Valstybė yra santykinai centralizuota teisinė tvarka.

Ši centralizacija valstybę, kaip teisinę tvarką, atskiria nuo pirmykštės ikivalstybinės teisinės tvarkos ir viršvalstybinės bendrosios tarptautinės teisės tvarkos. Jokioje iš šių dviejų tvarkų bendrųjų teisės normų nekuria centrinis įstatymų leidybos organas – jos klostosi iš papročių, o tai reiškia, kad bendrųjų teisės normų kūrimas yra decentralizuotas. Ir ikivalstybinė, ir viršvalstybinė teisinė tvarka ne sukuria teismus, įgalintus bendrąsias normas taikyti konkrečiais atvejais, bet įgalina teisinei tvarkai pavaldžius individus pačius vykdyti šią funkciją ir konkrečiai – kaip savigalbą vykdyti teisinės tvarkos nustatytas sankcijas. Pagal pirmykštę teisę būtent nužudyto žmogaus šeimos nariai vykdydavo kraujo kerštą žudikui ir jo šeimai, būtent kreditorius tenkindavo savo pretenzijas skolininkui, paimdamas tam tikrą skolininko turtą ir laikydamas jį kaip užstatą. Pagal bendrąją tarptautinę teisę būtent atskiros valstybės vyriausybė įgalinama griebtis karo arba imtis represalijų prieš teisę pažeidžiančią valstybę, t. y. prieš tos valstybės, kurios vyriausybė pažeidė teisę, piliečius. Išties, tie individai, kurie ikivalstybinėje arba viršvalstybinėje bendruomenėje kuria (papročiu) arba taiko teisę ir vykdo sankcijas, yra teisiniai organai, taigi teisinės bendruomenės organai, bet jie nefunkcionuoja dalydamiesi darbą ir dėl to nėra tokie centralizuoti organai, kokie pagal nacionalinę teisinę tvarką yra vyriausybė, legislatūra ir teismai. Pirmykštės bendruomenės teisinė tvarka bei bendroji tarptautinės teisės tvarka yra visiškai decentralizuotos prievartinės tvarkos ir todėl – ne valstybės.

Jeigu valstybė suvokiama kaip socialinė bendruomenė, tai ją konstituoti gali tik normatyvinė tvarka[104]. Kadangi bendruomenę gali konstituoti tik *viena* tokia tvarka (ir ji, tiesą sakant, yra tapati šiai tvarkai), tai valstybę konstituojanti normatyvinė tvarka gali būti tik santykinai centralizuota prievartinė tvarka, o tai ir yra nacionalinė teisinė tvarka.

Pagal tradicinę teoriją valstybę sudaro trys elementai: valstybės gyventojai, valstybės teritorija ir vadinamoji valstybės valdžia, kurią įgyvendina nepriklausoma vyriausybė. Visus šiuos tris elementus būtų galima apibrėžti tik teisiškai, t. y. juos galima suvokti tik kaip teisinės tvarkos galiojimą ir to galiojimo sritis.

Valstybės gyventojai – tai žmonės, priklausantys tai valstybei. Jeigu klausiama, kodėl vienas individas kartu su kitais priklauso tam tikrai valstybei, tai negalima rasti jokio kito kriterijaus, kaip tik tą, kad jis kartu su kitais yra pavaldus tam tikrai santykinai cen-

[104] Plg. p. 101 ir toliau, p. 145.

tralizuotai prievartinei tvarkai. Visi mėginimai rasti kokį nors kitą saitą, laikantį kartu ir į vieną visumą jungiantį kalba, rase, religija, pasaulėžiūra nepanašius ir interesų konfliktų išskiriamus individus, yra pasmerkti nesėkmei. Ir visiškai neįmanoma parodyti esant kokį nors psichologinį ryšį, nepriklausomai nuo bet kokių teisinių ryšių visus tam tikrai valstybei priklausančius individus vienijantį taip, kad juos būtų galima atskirti nuo kitų, kitai valstybei priklausančių individų ir dėl analogiškos sąveikos juos sujungti į dvi atskiras grupes. Kad tokios sąveikos, kuri vienytų visus vienai valstybei priklausančius individus ir tik juos, nėra, yra nepaneigiamas dalykas; nepaneigiama yra ir tai, kad skirtingoms valstybėms priklausantys individai gali būti dvasiškai daug artimesni nei priklausantys tai pačiai valstybei. Juk jie šiai valstybei priklauso tik teisiškai. Juos, kaip sakoma, iš tikrųjų gali sieti tam tikras psichologinis ryšys su savo valstybe: jie gali ją mylėti, net ją dievinti ir būti pasirengę dėl jos numirti. Bet jie jai priklausys net ir neturėdami tokių jausmų, jos nekęsdami, net ją išduodami arba būdami jai abejingi. Klausimas, ar individas priklauso tam tikrai valstybei, yra ne psichologijos, o teisės klausimas. Individų, iš kurių susideda valstybės gyventojai, vienovę rodo tik ta aplinkybė, kad šiems individams galioja ta pati teisinė tvarka. Valstybės gyventojai yra personalinė nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo sritis.

Valstybės teritorija – tai tam tikra ribota erdvė. Ji yra ne apribotas žemės paviršiaus plotas, o trimatė erdvė, apimanti ir erdvę po žeme, ir erdvę virš tos teritorijos, kurią juosia vadinamosios valstybės sienos. Akivaizdu, kad šios erdvės vienovė nėra gamtinė, geografinė vienovė. Tos pačios valstybės teritorija gali apimti vandenyno, kuris nėra kurios nors *vienos* valstybės teritorija, arba kitos valstybės teritorijos skiriamus plotus. Į klausimą, kokie kriterijai apibrėžia tam tikros valstybės teritorijos sienomis esančias erdvės ribas bei pagrindžia jos vienovę, negali atsakyti joks gamtos mokslas – tik teisinis pažinimas. Vadinamąją valstybės teritoriją galima apibrėžti tik kaip erdvinę nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo sritį[105].

Erdvinės nacionalinę teisinę tvarką sudarančių normų galiojimo srities klausimas apima ir ypatingą teisinių darinių, atsirandančių dėl teritorinio valstybės padalijimo, atvejį. Tai yra centralizacijos ir decentralizacijos problema[106]. Šiuo požiūriu galime aprėpti administracinę decentralizaciją, savivaldos vienetus, provincijas, valstybės dalis ir t. t., o ypač valstybių sąjungas, valstybių konfederacijas ir federacines valstybes. Beje, tradicinė valstybės teorija nepaiso tos aplinkybės, kad valstybė egzistuoja ne tik erdvėje, bet ir laike, kad laikas laikytinas tokiu pat valstybės elementu, kaip ir erdvė, kad laikas valstybės būtį riboja taip pat, kaip ir erdvė, nes valstybės atsiranda ir išnyksta. Kaip valstybės egzistavimas erdvėje yra erdvinė galiojimo sritis, lygiai taip pat ir valstybės egzistavimas laike yra temporalinė nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo sritis. Ir lygiai taip pat, kaip valstybės teritorijos ribų klausimas, jos ribų laike klausimas, t. y. klausimas, kada valstybė atsirado ir kada ji nustos egzistavusi, yra teisinis klausimas, o ne klausimas, į kurį

[105] Plg. Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. Aufl. (Tübingen, 1928).
[106] Plg. § 41d.

galėtų atsakyti į gamtinę tikrovę nukreiptas pažinimas. Kaip matysime, būtent tarptautinė teisė apibrėžia erdvinę ir temporalinę nacionalinių teisinių tvarkų galiojimo sritį, jas atriboja vieną nuo kitos ir šitaip užtikrina teisinę galimybę valstybėms egzistuoti vienai greta kitos erdvėje bei vienai kitą keisti laike.

Beveik savaime akivaizdu, kad vadinamoji valstybės valdžia, kurią valstybės gyventojams tos valstybės teritorijoje vykdo vyriausybė, nėra paprasčiausiai toji valdžia, kurią koks nors individas turi kito individo atžvilgiu ir kuri tėra pirmojo galėjimas paveikti antrąjį, kad jis elgtųsi taip, kaip nori pirmasis. Esama daug tokių faktinių valdžios santykių, kai tas, kuris tą valdžią turi, nėra laikomas valstybės organu. Valstybės valdžia vadinamas santykis nuo kitų valdžios santykių skiriasi tuo, kad yra teisiškai reguliuojamas, o tai reiškia, kad individai, šią valdžią vykdantys kaip valstybės valdžios nariai, teisinės tvarkos yra įgalinti šią valdžią vykdyti kurdami ir taikydami teisės normas, t. y. kad valstybės valdžia yra normatyvinio pobūdžio. Vadinamoji valstybės valdžia – tai efektyvios nacionalinės teisinės tvarkos galiojimas. Tai, kad valstybės valdžią vykdanti vyriausybė turi būti nepriklausoma, reiškia, kad jos neturi saistyti jokia kita nacionalinė teisinė tvarka, kad jeigu nacionalinė teisinė tvarka apskritai yra pavaldi kokiai nors teisinei tvarkai, tai tik tarptautinei teisinei tvarkai.

Valstybės valdžios (*power*) vykdymas paprastai yra laikomas apraiška tokios valdžios, kuri yra toks esminis valstybės atributas, kad valstybės yra vadinamos „galybėmis" (*powers*), net jeigu jos nėra vadinamosios „didžiosios galybės". Valstybės „valdžia" gali reikštis tik ypatingomis valdžios priemonėmis, kuriomis disponuoja vyriausybė: tvirtovėmis ir kalėjimais, patrankomis ir kartuvėmis, individais policininkų ir kareivių uniformomis. Bet šios tvirtovės ir kalėjimai, šios patrankos ir kartuvės yra negyvi daiktai; valstybės valdžios įrankiais jie tampa tik tiek, kiek juos naudoja vyriausybė arba tam tikri individai pagal vyriausybės jiems adresuojamus įsakymus, tik tiek, kiek policininkai ir kareiviai paklūsta jų elgesį reguliuojančioms normoms. Valstybės valdžia nėra mistinė už valstybės arba jos teisės slypinti jėga; ji tėra nacionalinės teisinės tvarkos efektyvumas.

Taigi valstybė, kurios esminiai elementai yra gyventojai, teritorija ir valdžia, yra apibrėžiama kaip santykinai centralizuota teisinė tvarka, kurios erdvinė ir temporalinė galiojimo sritis yra ribota ir kuri yra suvereni arba subordinuota tik tarptautinei teisei bei daugiau ar mažiau efektyvi.

b) Valstybė kaip juridinis asmuo

Valstybės kaip juridinio asmens, t. y. kaip veikiančio subjekto ir kaip pareigų bei teisių subjekto, problema iš esmės yra ta pati problema, kaip ir korporacijos kaip juridinio asmens. Valstybė taip pat yra korporacija, t. y. bendruomenė, kurią konstituoja normatyvinė tvarka, institucionalizuojanti organus, tiesiogiai arba netiesiogiai pašauktus pagal darbo pasidalijimo principą vykdyti savo funkcijas. Šią bendruomenę konstituojanti tvarka yra teisinė tvarka, vadinama nacionaline teisine tvarka, taip ją skiriant nuo tarptautinės

teisinės tvarkos. Lygiai taip pat, kaip įstatų konstituojama korporacija yra pavaldi nacionalinei teisinei tvarkai, kuri jai, kaip juridiniam asmeniui, nustato pareigas ir suteikia teises, ir valstybę galima laikyti pavaldžia tarptautinei teisinei tvarkai, kuri valstybei, kaip juridiniam asmeniui, nustato pareigas ir suteikia teises. O todėl lygiai taip pat, kaip nacionalinei teisinei tvarkai pavaldžios korporacijos atžvilgiu, ir valstybės kaip tarptautinei teisei pavaldžios korporacijos atžvilgiu galima skirti išorines ir vidines pareigas bei teises: išorines valstybės pareigas bei teises nustato tarptautinė, o vidines – nacionalinė teisinė tvarka. Kitame skyrelyje valstybės kaip juridinio asmens problemą pirmiausia aptarsime neatsižvelgdami į valstybei pareigas nustatančią bei teises suteikiančią tarptautinę teisę.

Valstybė kaip veikiantis subjektas; valstybės organas

Jeigu valstybė yra vaizduojama kaip veikiantis subjektas, jeigu sakoma, kad valstybė padarė tą arba aną, tai kyla klausimas, koks gi yra tas kriterijus, pagal kurį tam tikrų individų atliekami aktai yra priskiriami valstybei, yra kvalifikuojami kaip valstybės aktai arba funkcijos, arba (tai yra tas pats) kodėl tam tikri individai, atliekantys tam tikrus aktus, yra laikomi valstybės organais. Į šį klausimą atsakoma taip pat, kaip ir į anksčiau užduotą analogišką klausimą apie nacionalinei teisinei tvarkai pavaldžią korporaciją kaip juridinį asmenį. Individo elgesio priskyrimu valstybei išreiškiama tik tai, kad nacionalinė teisinė tvarka šį elgesį apibrėžia kaip sąlygą arba padarinį. Kadangi valstybės, kaip veikiančio subjekto (ypač kaip pareigų ir teisių subjekto), problema yra priskyrimo problema, tai norint suvokti šios problemos esmę būtina suprasti šios mintinės operacijos prigimtį.

Klausimas, ar tam tikras elgesys, ypač tam tikras aktas, tam tikra funkcija, yra valstybės aktas arba funkcija, t. y. klausimas, ar tą aktą atlieka arba tą funkciją vykdo būtent valstybė kaip asmuo, kitaip nei klausimas, ar tam tikrą veiksmą atliko tam tikras žmogus, nėra į fakto buvimą nukreiptas klausimas. Jeigu šis klausimas turėtų tokią prasmę, į jį niekada nebūtų galima atsakyti teigiamai. Juk iš tikrųjų valstybė niekada neveikia – visada veikia tam tikras individas. Klausimas, ar čia esama valstybės funkcijos, į fakto buvimą nukreipto klausimo prasmę gali turėti tik tuo atveju, kai valstybė, kaip veikiantis asmuo, yra vaizduojama kaip reali būtybė, kaip kitokia nei žmonės reali esybė, kaip savotiškas antžmogis, t. y. kai yra hipostazuojamas pagalbinis valstybės, kaip asmens, konstruktas; tik tada į šį klausimą galima atsakyti, jog tam tikras aktas arba tam tikra funkcija *yra* arba *nėra* valstybės aktas arba valstybės funkcija. Šia prasme, pavyzdžiui, konstitucinės teisės literatūroje, buvo svarstomas klausimas, ar įstatymų leidyba yra valstybės funkcija, ir atsakoma į jį būdavo kartais teigiamai, o kartais neigiamai. Bet kadangi valstybė, kaip veikiantis asmuo, yra ne reali esybė, o pagalbinis teisinio mąstymo konstruktas, tai klausimo, ar tam tikra funkcija yra valstybės funkcija, negalima nukreipti į fakto buvimą. Jeigu klausimas yra šitaip formuluojamas ir į jį šitaip atsakoma, tai jis yra klaidingai formuluojamas ir į jį klaidingai atsakoma. Jį suformulavus teisingai, jo pras-

mė gali būti tik tokia: ar tam tikro žmogaus vykdomą funkciją galima priskirti valstybei ir kokiomis aplinkybėmis?

Į teisę nukreipto pažinimo požiūriu kaip valstybės funkciją suvokti galima tik tokią funkciją, kurią apibrėžia teisinė tvarka, t. y. teisinę funkciją siauresne šio žodžio prasme. Kadangi teisinės tvarkos apibrėžiamos ir tam tikro žmogaus vykdomos funkcijos priskyrimas valstybei kaip asmeniui tėra idėjos, kad tam tikra funkcija siejama su šią funkciją apibrėžiančios teisinės tvarkos vienove, išraiškos būdas, tai valstybei, kaip šios teisinės tvarkos personifikacijai, galima priskirti bet kurią teisinės tvarkos apibrėžiamą funkciją. Apie kiekvieną teisinės tvarkos apibrėžiámą funkciją galima metaforiškai pasakyti, kad ją vykdo valstybė kaip asmuo. Juk taip tik pasakoma, kad tą funkciją apibrėžia teisinė tvarka. Šią metaforą vartoti *galima*, bet nebūtina, nes faktus galima aprašyti ir be jos; ji vartojama tada, kai manoma, kad dėl tam tikrų priežasčių tai paranku. Kadangi valstybės, kaip veikiančio asmens, problema yra priskyrimo problema ir kadangi šis priskyrimas reiškiamas kalbos vartosenoje, tai atsakydami į klausimą, ar tam tikra funkcija yra valstybės funkcija, turime pirmiausia įsitikinti, jog kalbos vartosenoje ši funkcija yra priskiriama valstybei. Tačiau ši vartosena nėra nei vienoda, nei nuosekli. Grįžtant prie klausimo, ar įstatymų leidyba yra valstybės funkcija, pažymėtina, kad ši funkcija paprastai yra pateikiama kaip valstybės funkcija, t. y. ji yra priskiriama valstybei. Bet kai kurie autoriai to nedaro[107]. Jų valia taip daryti, bet jie klysta, jeigu turi galvoje tai, kad įstatymų leidybą, kitaip nei kitas funkcijas, iš tikrųjų gali vykdyti ne valstybė – kad valstybė gali sudarinėti sutartis, bausti nusikaltėlius, valdyti geležinkelius, bet negali leisti įstatymų. Tikroji tokio jų atsisakymo prasmė yra ta, kad jie kažkodėl nepasinaudoja esama galimybe valstybei priskirti įstatymų leidybą, lygiai taip pat kaip valstybei paprastai nėra priskiriamas teisinės tvarkos apibrėžiamas deliktas, nors tai būtų įmanoma ta pačia prasme, kuria valstybei yra priskiriama bet kuri kita funkcija. Juk toks funkcijos priskyrimas valstybei reiškia tik tai, kad tą funkciją apibrėžia valstybės bendruomenę konstituojanti teisinė tvarka.

Analizuojant kalbos vartoseną, t. y. mėginant išsiaiškinti, kokiomis sąlygomis teisinėje terminijoje tam tikros nacionalinės tvarkos apibrėžiamos funkcijos yra priskiriamos valstybei sakant, jog valstybė, veikdama per tam tikrą individą, kaip valstybės organą, vykdo tam tikrą funkciją, mátyti, kad apskritai tam tikra funkcija yra priskiriama valstybei, yra laikoma valstybės funkcija tik tuo atveju, kai ją vykdo toks individas, kurį šiam tikslui pašaukė teisinė tvarka ir kuris funkcionuoja pagal darbo pasidalijimo principą, arba (tai yra tas pats) kad individas yra laikomas valstybės organu tik tuo atveju, kai jis pagal teisinės tvarkos nustatytą procedūrą yra pašaukiamas vykdyti šios funkcijos. Susiejant šią funkciją su ją apibrėžiančios teisinės tvarkos vienove ir šitaip ją priskiriant valstybei, toji teisinė tvarka yra personifikuojama. Valstybė kaip socialinė tvarka yra čia aprašytoji nacionalinė teisinė tvarka. Valstybė kaip asmuo – tai šios tvarkos personifikacija. Bet reikia

[107] Antai savo knygoje *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 465 ir toliau, aš pats įstatymų leidybą interpretavau ne kaip valstybės, o kaip visuomenės funkciją.

paminėti, kad, kaip jau buvo sakyta, greta šios valstybės sąvokos yra vartojama ir kita sąvoka – nuo jos besiskirianti, tačiau su ja glaudžiai susijusi ir jos apimama. Ši valstybė, kai vaizduojama kaip veikiantis asmuo, taip pat tėra teisinės tvarkos personifikacija – ne visuminės teisinės tvarkos, reguliuojančios visų teritorinėje jos galiojimo srityje gyvenančių individų elgesį ir šitaip konstituojančios valstybę kaip teisinę bendruomenę, kuriai priklauso visi tam tikroje teritorijoje gyvenantys individai, o dalinės teisinės tvarkos, reguliuojančios individų, kurie savo pobūdžiu yra „pareigūnai“ ir funkcionuoja pagal darbo pasidalijimo principą, elgesį. Ši dalinė teisinė tvarka konstituoja dalinę bendruomenę, kuriai priklauso tik šie individai. Šiai dalinei bendruomenei yra priskiriamos tik tokių individų funkcijos. Tai yra valstybė kaip biurokratinis aparatas, kurį sudaro pareigūnai, o jiems vadovauja vyriausybė.

Kadangi ši priskyrimo juridiniam asmeniui problema jau buvo aptarta analizuojant korporaciją kaip juridinį asmenį, tai pristatant valstybės kaip asmens problemą pasikartojimai yra neišvengiami. Juos gali pateisinti ta aplinkybė, kad čia pateikiama šios teisiniame mąstyme labai svarbų vaidmenį vaidinančios operacijos įžvalga reikalauja gerokai pakoreguoti tradicinius požiūrius. Kadangi ši įžvalga sugriauna klaidingą valstybės, kaip nuo teisės besiskiriančios substancijos, idėją, tai neįmanoma per daug jos pabrėžti.

Tradicinės valstybės teorijos valstybei priskiriamos funkcijos priklauso trims kategorijoms: įstatymų leidybai, administravimui (apimančiam ir valdymą) ir jurisdikcijai. Kaip buvo parodyta, jos visos yra teisinės funkcijos: arba teisinės funkcijos siauresne šio žodžio prasme, konkrečiai teisėkūra ir teisės taikymas, arba funkcijos platesne prasme, apimančios ir teisės laikymosi funkciją. Jeigu įstatymų leidyba yra interpretuojama kaip valstybės funkcija, tai todėl, kad šią funkciją vykdo parlamentas, t. y. ją pagal darbo pasidalijimo principą vykdo parlamentas, renkamas pagal teisinės tvarkos nustatytą procedūrą. Pažymėtina, kad įstatymų leidybos funkciją vykdantys individai (parlamento nariai) nėra valstybės pareigūnai; jie neturi šios savybės, lemiančios kitų funkcijų priskyrimą valstybei. Bet savo balsavimo teise besinaudojantys ir parlamentą išrenkantys individai paprastai nėra vadinami valstybės organais, o jų funkcija nėra vadinama valstybės funkcija. Nors sakoma, kad valstybė kuria įstatymus, tačiau nesakoma, kad valstybė renka parlamentą. Vis dėlto ir šitaip sakyti būtų galima, nes toji funkcija (teisėkūros organo sukūrimas) yra esminė įstatymų leidybos proceso dalis. Šis procesas (bendriausia prasme) susideda iš dviejų etapų: rinkimais yra sukuriamas organas ir šis organas, laikydamasis įstatymų leidybos procedūros, sukuria bendrąją normą. Priskyrimo, kurį atskleidžia dabartinė kalbos vartosena (t. y. priskyrimo, kuriuo yra grindžiama valstybės, kaip veikiančio asmens, idėja), esmei reikšmės turi tai, kad bendrųjų normų kūrimas papročiu nėra priskiriamas valstybei, nėra interpretuojamas kaip valstybės funkcija. Išties, teigiantieji, kad valstybė ir teisė yra du skirtingi reiškiniai, paprotinę teisę paprastai pateikia kaip jų poziciją, esą teisė nebūtinai turi būti sukurta valstybės, įrodantį argumentą: esama tokios teisės, kuri atsiranda visiškai nepriklausomai nuo valstybės. Bet kadangi papročiu, kaip ir įstatymų leidybos būdu, yra sukuriamos bendrosios teisės normos, tai paprotį būtų galima priskirti valstybei lygiai taip pat, kaip ir įstatymų leidybą. Jeigu paprotinės teisės kūrimas nėra

priskiriamas valstybei, tai dėl to, kad jis, kitaip nei įstatymų leidyba, nėra pagal darbo pasidalijimo principą veikiančio ir pagal specialią procedūrą vykdyti šią funkciją pašaukto organo funkcija. Bet, kaip jau sakyta, įstatymų leidybos funkcija yra priskiriama valstybei, nors organas, veikiantis darbo pasidalijimo pagrindu, ir nėra kvalifikuojamas kaip valstybės pareigūnas. Čia galime prisiminti tą kitame kontekste minėtą aplinkybę, kad valstybės funkcija yra laikoma teismo sprendimu išreiškiama individualioji norma, o ne ieškinio pareiškimas (kuris yra esminė individualiosios normos kūrimo proceso dalis); tai gali paaiškinti tik ta aplinkybė, kad pagal darbo pasidalijimą veikiantis ir šią funkciją vykdyti pašauktas organas yra teismas, o ne ieškovas. Bet jeigu, kaip baudžiamajame procese, teismo sprendimą sąlygoja valdžios paskirto viešojo kaltintojo pareikštas kaltinimas, ši funkcija taip pat yra interpretuojama kaip valstybės funkcija, nes ji yra vykdoma darbo pasidalijimo pagrindu, t. y. šiam tikslui pašaukto organo. Sakoma, kad kaltinamąjį kaltina valstybė ir kad nusikaltėlį nuteisia valstybė. Dėl tos pačios priežasties sutartinis bendrųjų bei individualiųjų normų kūrimas nėra laikomas valstybės funkcija, nebent tai darytų darbo pasidalijimo pagrindu veikiantys valstybės pareigūnai, tačiau „privačių asmenų“ sudaromi teisiniai sandoriai, kaip ir įstatymų leidyba bei jurisdikcija, yra teisinės tvarkos apibrėžiama teisinė funkcija siauresne prasme.

Anksčiau jau matėme[108], kad valstybės administravimu vadinama veikla susideda iš dviejų dalių, kurios skiriasi savo teisine struktūra. Vyriausybės (valstybės vadovo, kabineto narių, ministrų arba valstybės sekretorių bei daugumos vyriausybei pavaldžių administracijos pareigūnų) funkcija – tai specifiškai teisinė funkcija siauresne šio termino prasme, būtent individus teisei pavaldžiais („subjektais“) padarančių, juos tam tikru būdu elgtis įpareigojančių ir priešingą elgesį su prievartos aktu susiejančių bei šio akto vykdymą valstybei priskiriančių bendrųjų ir individualiųjų teisės normų kūrimas bei taikymas. Jeigu tariama, kad elgesys, sudarantis sankcijomis konstituojamos teisinės pareigos turinį, yra teisinės tvarkos siekis, nes jį užtikrina grasinimas sankcija, ir jeigu šis teisinės tvarkos siekis yra traktuojamas kaip valstybės tikslas (visai taip pat, kaip teritorinė nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo sritis yra traktuojama kaip valstybės teritorija), tada galima sakyti, jog šis valstybės tikslas yra realizuojamas *netiesiogiai*, nes jis yra realizuojamas įpareigotuoju individų elgesiu, o šis nėra priskiriamas valstybei. Bet didžioji tos veiklos, kuri interpretuojama kaip valstybės administravimas, dalis yra *tiesioginis* valstybės tikslo realizavimas. Tai yra valstybei priskiriamas elgesys, sudarantis teisinių pareigų turinį. Funkcija, kuri čia priskiriama valstybei, yra ne teisėkūros arba teisės taikymo, bet teisės laikymosi funkcija. Pareigos, kurių laikymasis yra priskiriamas valstybei (yra interpretuojamos kaip valstybės funkcija), – tai pagal darbo pasidalijimo principą veikiančių „pareigūnų“ pareigos. Su valstybės tikslą tiesiogiai realizuojančiomis valstybės funkcijomis (t. y. su tiesioginiu valstybės administravimu) susiduriame tuo atveju, kai valstybė, kaip sakoma, ne apsiriboja tam tikros padėties sukūrimu, išleisdama įstatymus, įpareigojančius valstybei pavaldžius individus elgtis taip, kad tokia pa-

[108] Plg. § 35i.

dėtis būtų sukurta, ir šiuos įstatymus taikydama konkretiems atvejams bei vykdydama įstatymuose numatytas sankcijas, bet pati valstybė imasi tokią padėtį kurti, t. y. daro tai per savo organus, taip, kad (pagal vyraujančią kalbos vartoseną) tuos dalykus galima priskirti jai pačiai – jeigu, pavyzdžiui, valstybė valdo geležinkelius, stato mokyklas ir ligonines, suteikia išsilavinimą, teikia medicinos pagalbą, žodžiu, jeigu valstybė imasi tokios pat ekonominės, kultūrinės arba humanitarinės veiklos, kaip ir privatūs individai. Šios veiklos „nacionalizavimas" reiškia (pavadinkime taip) jos „oficializavimą", t. y. tai, kad ją atlieka organai, kvalifikuojami kaip „pareigūnai" ir veikiantys pagal darbo pasidalijimo principą. Ką reiškia šis kvalifikavimas kaip „pareigūnų"?

Pirma, tai, kad šie individai yra pašaukti savosioms funkcijoms administraciniu vyriausybės arba įgalintos administracinės institucijos aktu ir yra teisiškai subordinuoti vyriausybei. Antra, tai, kad jų funkcijos vykdymas yra padaromas specifinės pareigos (oficialios pareigos), kurios vykdymas yra garantuojamas drausminėmis nuobaudomis, turiniu. Pažymėtina, kad veiklą, kuri pateikiama kaip tiesioginis valstybės administravimas, oficialia organo pareiga galima padaryti tokiu būdu, kad šią pareigą atliekantis organas turėtų didesnę arba mažesnę laisvę. Ši laisvė gali būti tokia plati, o pareigūno diskrecinė galia gali būti taip mažai apribota, kad pats „pareigos" elementas tarytum išnyksta. Bet vis dėlto reikia tarti jį esant (nors jis ir sumažintas iki minimumo) tiek, kiek oficialios pareigos atlikimas yra laikomas esminiu pareigūno turinio elementu. Trečia, tai, kad šie organai savo funkcijas turi vykdyti ne epizodiškai ir laikinai, o nuolat (galbūt kol sulauks tam tikros amžiaus ribos) ir profesionaliai, vadinasi, nesiimdami kitokios apmokamos veiklos, taigi ir už atlyginimą. Jie gauna atlyginimą iš valstybės; vadinasi, jų paslaugos yra atlyginamos iš valstybės iždo, iš centrinio fondo, kurio administravimas, pajamos, išlaidos ir naudojimas yra teisiškai reguliuojamas. Iždas suformuojamas pirmiausia iš mokesčių, mokamų teisei pavaldžių individų, kuriuos įstatymai įpareigoja juos mokėti, o jį administruoja valstybės pareigūnai. Iš valstybės nuosavybės (plačiausia šio termino prasme, apimančia visas valstybės finansines teises, *Staatsvermögen*) yra padengiami ne tik pareigūnų atlyginimai, bet ir visos kitos valstybės administravimo išlaidos. Jeigu veikla, interpretuojama kaip valstybės administravimas, savo pobūdžiu yra komercinė veikla (kaip antai geležinkelio valdymas arba tabako monopolis), tai šios veiklos aktyvai ir pasyvai yra priskiriami valstybės nuosavybei. Tuo valstybei priskiriama tiesioginio administravimo veikla smarkiai skiriasi nuo valstybei nepriskiriamos analogiškos privačių individų veiklos. Teisinė iždo prigimtis bus aptariama vėliau.

Jeigu valstybė, kurios vidaus funkcija apsiriboja įstatymų leidyba, jurisdikcija ir sankcijų taikymu, yra vadinama „jurisdikcine" valstybe (*Gerichtsstaat*), tai galima sakyti, kad įvedus tiesioginį valstybės administravimą valstybė tampa „jurisdikcine ir administracine" valstybe (*Gerichts- und Verwaltungsstaat*). Ji yra ilgos raidos, glaudžiai susijusios su teisinės tvarkos centralizacija, ypač su centrinio valdymo organo augimu bei jo kompetencijos išsiplėtimu, rezultatas. Administracinės valstybės organas – tai visiškai susiformavęs valstybės pareigūno tipas. Bet esama ir gausybės tarpinių lygmenų, neturinčių visų minėtų požymių: esama valstybės pareigūnų, dirbančių ne nuolat, negaunančių fik-

suoto atlyginimo arba išvis jo negaunančių, taip pat valstybės pareigūnų, skiriamų ne administraciniu aktu, o pagal civilinę teisinę sutartį.

„Oficializavimas", t. y. valstybės funkcijų perdavimas pareigūnams, žengia koja kojon su jurisdikcinės valstybės peraugimu į administracinę valstybę. Iš pradžių pareigūnams perduodamos tik tam tikros teisinės funkcijos siauresne šio termino prasme, ypač prievartos aktų vykdymas, policijos funkcija bei karo reikalai; tai daroma sukuriant reguliariąją kariuomenę bei paskiriant karjeros pareigūnus. Bet kartą sukūrus tokį pareigūnų aparatą jam galima pavesti ir kitas teisines funkcijas, ne vien teisines funkcijas siauresne prasme. Valstybės administravimas vis labiau virsta tiesioginiu valstybės tikslų realizavimu; bet net ir šis realizavimas savo pobūdžiu yra teisinė funkcija platesne prasme, t. y. teisės laikymosi funkcija. Juk valstybės teisinis pobūdis reiškiasi ir tiesiogiai administruojant valstybę. Kadangi dalinė teisinė tvarka, kaip valstybė siauresne prasme (valstybė kaip vyriausybės vadovaujamas pareigūnų aparatas), yra integrali visuminės teisinės tvarkos, kaip valstybės platesne prasme (valstybės, kurios piliečiai yra teisinės tvarkos galiojimo personalinė sritis, o teritorija – jos teritorinė sritis, ir kurios valdžia yra šios teisinės tvarkos efektyvumas), dalis, tai ir kokios nors funkcijos priskyrimas valstybei siauresne prasme (nuoroda į dalinės teisinės tvarkos vienovę) implikuoja ir jos priskyrimą valstybei platesne prasme (nuorodą į visuminės teisinės tvarkos vienovę).

Perėjimas prie administracinės valstybės ir vis didėjanti pareigūnų aparato svarba turi sąsajų su tam tikra tendencija valstybės organo sąvoką tapatinti su valstybės pareigūno sąvoka, t. y. priskyrimą valstybei apriboti tomis teisinės tvarkos apibrėžiamomis funkcijomis, kurias atlieka individai, veikiantys pagal darbo pasidalijimo principą ir kvalifikuojami kaip pareigūnai. Galbūt dėl šios tendencijos kai kurie autoriai atsisako parlamentinę įstatymų leidybą vadinti valstybės funkcija, nes ji nėra tokia funkcija, kurią atlieka valstybės pareigūnai. Vis dėlto parlamentas kartais turi kai kurių bruožų, būdingų valstybės pareigūnams: pavyzdžiui, jo nariai gauna atlyginimą iš iždo. Absoliutinėje ir konstitucinėje monarchijoje valstybės vadovas yra laikomas valstybės organu, nors jis neturi oficialių pareigų. Valstybės vadovas demokratinėje respublikoje bei kabineto nariai monarchijoje ir demokratinėje respublikoje savo funkcijas – iš esmės teisines funkcijas – vykdo kaip oficialias pareigas, bet pastarąsias konstituoja ne bendroji drausminė teisė, o specialūs nuostatai, nustatantys specifinę atsakomybę. Jie taip pat yra valstybės organai, tačiau ne kaip valstybės pareigūnai, o tiek, kiek pagal darbo pasidalijimo principą vykdo tam tikrą teisinės tvarkos apibrėžtą funkciją.

Atstovavimas

Aprašytosios funkcijos priskyrimas valstybei, kaip fiktyviam asmeniui, – ne vienintelis įmanomas priskyrimas. Iš tikrųjų kalbos vartosenai yra žinomas ir kitas, su pirmuoju glaudžiai susijęs (o gal net šio apimamas) asmens priskyrimas valstybei kaip asmeniui. Tai yra tas priskyrimas, kurį implikuoja atstovavimo sąvoka. Kartais, pasakant, kad valstybės organas „atstovauja" valstybei, priskyrimas valstybei kaip asmeniui yra tapatinamas su at-

stovavimu. Bet atstovavimo sąvoka specifine prasme yra vartojama tik išreiškiant funkcijos priskyrimą tautai. Apie tam tikrus organus, tokius kaip parlamentas, yra sakoma, jog vykdydami savo funkcijas jie atstovauja tautai, bet tai dar nereiškia, kad yra eliminuojamas priskyrimas valstybei kaip asmeniui, t. y. šių organų apibūdinimas kaip valstybės organų. Žinoma, apie atstovavimą tautai paprastai kalbama tik tada, kai tas funkcijas vykdo tautos renkamas organas. Bet kalbos vartosena nėra nuosekli. Atstovavimu vadinamas ir nerinkto organo funkcijos priskyrimas, ir ne tik priskyrimas tautai, bet ir priskyrimas kitam organui. Antai apie absoliutinį monarchą bei valdžią uzurpavusį diktatorių taip pat sakoma, kad jie atstovauja tautai; o tokioje monarchijoje, kuri iš absoliutinės transformavosi į konstitucinę monarchiją, apie monarcho paskirtą teisėją sakoma, kad jis atstovauja monarchui. „Atstovavimas“ reiškia buvimą pakaitalu. Sakome: neveiksnus individas veikia ne pats, jis veikia per savo teisinį pakaitalą kaip savo atstovą; kitaip tariant, neveiksniam individui jo atstovo pagal įstatymą aktai yra priskiriami dėl to, kad šis turi įgyvendinti atstovaujamojo interesus[109]. Sakydami, kad vykdydamas savo funkcijas organas atstovauja tautai – individams, sudarantiems valstybės bendruomenę, – ir šitaip jo funkcijas priskirdami šiems individams, turime galvoje, kad individas, kurio funkciją taip pat galima priskirti valstybei ir kurį dėl to galima laikyti valstybės organu, yra teisiškai arba moraliai įpareigotas šią funkciją vykdyti tautos interesais. Kadangi teisinėje kalboje „interesas“ ir „valia“ yra daugiau ar mažiau tapatinami (nes tariama, kad individas „nori“ to, kas atitinka jo interesus), tai tikima, jog atstovavimo esmė yra tai, kad atstovo valia yra ir atstovaujamojo valia, kad atstovas savo veiksmais realizuoja ne savo paties valią, o atstovaujamojo valią. Tai yra fikcija, net jeigu atstovo valią daugiau ar mažiau saisto atstovaujamojo valia, kaip yra sutartinio atstovavimo atveju arba tuo atveju, kai į luomus padalytos valstybės konstitucija luomų atstovus įpareigoja laikytis savo rinkėjų, turinčių galią atšaukti šiuos atstovus, priesakų. Juk net šiais atvejais atstovo valia skiriasi nuo atstovaujamojo valios. Valios tapatumo fikcija dar akivaizdžiau atsiskleidžia tada, kai atstovaujamojo valia atstovo valios nesaisto, kaip neveiksnaus individo atstovavimo atveju arba tuo atveju, kai tautai atstovauja šiuolaikinis parlamentas, kurio nariai, vykdydami savo funkcijas, yra teisiškai nepriklausomi (tai paprastai apibūdinama pasakant, kad jie turi „laisvą mandatą“). Tokios pat fikcijos esama ir tada, kai sakoma, kad konstitucinėje monarchijoje teisėjas atstovauja monarchui, kad teismo sprendimas išreiškia monarcho valią, ir netgi tada, kai sakoma, kad monarchas nematomai dalyvauja tuo momentu, kai teisėjas skelbia nuosprendį. Priskyrimas visada iš esmės apima fikciją, nepaisant to, ar tam tikro individo funkcija arba valia, kurią ta funkcija realizuoja, yra priskiriama kitam individui, ar juridiniam asmeniui. Ta aplinkybė, kad parlamentą renka tauta, kad teisėją skiria monarchas, nekeičia atstovavimo sąvokoje glūdinčio priskyrimo fiktyvumo. Todėl organo sukūrimo būdas galimybės priskirti jo funkciją kitam organui arba tautai požiūriu yra nerelevantiškas. Čia lemia prielaida, kad tą funkciją reikia vykdyti to individo arba tų individų, kuriems ši funkcija yra priskiriama, interesais. Todėl kai kuriose politinėse doktrinose požiūriu, esą absoliutinis

[109] Plg. p. 151 ir toliau.

monarchas arba diktatorius[110] ir yra „tikrasis" tautos atstovas, yra išreiškiamas toks priskyrimas, kuris yra lygiai toks pat fiktyvus, kaip ir tas, kurį tradicinė teorija teigia kaip prielaidą, esą tautos renkamas parlamentas atstovauja tautai, įstatymus (ten, kur yra parlamentas) kuria tauta, „tauta yra teisės šaltinis" arba „teisė kyla iš tautos", kaip tai yra skelbiama kai kurių demokratinių respublikų konstitucijose.

Vienintelis klausimas yra tas, kokiomis sąlygomis moksliškai apibūdinant teisę galima naudotis ta fikcija, kurią sudaro vieno individo vykdomos funkcijos priskyrimas juridiniam asmeniui arba kitam individui, kitaip tariant, kokiomis sąlygomis yra moksliškai pagrįstas sąvokų „organas" (vok. *Organschaft*), „pakaitalas" arba „atstovas" vartojimas. Atsakymas yra štai koks: jų vartojimas yra pagrįstas, jei suvokiama priskyrimo esmė ir jei priskiriant tam tikro individo vykdomą funkciją juridiniam asmeniui arba apibūdinant tą individą kaip bendruomenės (vaizduojamos kaip juridinis asmuo) „organą" nenorima išreikšti nieko daugiau, kaip tik šios funkcijos sąsają su tą bendruomenę konstituojančios teisės tvarkos vienove, taip pat jei priskiriant vieno individo vykdomą funkciją kitam individui arba kitiems individams, ypač individams, sudarantiems tam tikros valstybės tautą, nenorima išreikšti nieko daugiau, kaip tik tai, kad šią funkciją vykdantis individas yra teisiškai arba moraliai-politiškai saistomas reikalavimo šią funkciją vykdyti individo arba individų, kuriems ji yra (būtent dėl šios priežasties) priskiriama, interesais. Tačiau šios fikcijos naudojimas moksliškai nėra pagrįstas šiais atvejais: 1) jeigu priskiriant tam tikrą funkciją juridiniam asmeniui (teigiant, kad šią funkciją per savo organą vykdo, pareigą atlieka arba teise naudojasi korporacija arba valstybė, kaip juridinis asmuo) turima galvoje tai, kad juridinis asmuo (kaip šios funkcijos vykdytojas, kaip pareigos, atliekamos vykdant šią funkciją, subjektas, kaip teisės, kuria naudojamasi vykdant šią funkciją, subjektas) yra *reali būtybė*, besiskirianti nuo korporacijos arba valstybės narių; 2) jeigu tuomet, kai neveiksniam individui atstovaujama pagal įstatymą, šis yra vaizduojamas kaip teisnus; 3) jeigu apibūdinant parlamentą kaip tautos atstovą yra nuslepiama ta aplinkybė, kad demokratinis tautos apsisprendimo principas yra iš esmės modifikuojamas ten, kur šį principą apriboja tai, jog parlamentą renka didesnė arba mažesnė piliečių grupė; 4) jeigu teigiant, kad absoliutinis monarchas arba diktatorius atstovauja tautai, yra simuliuojamas šio demokratijos principo galiojimas, nors faktiškai jis yra visiškai panaikintas. Tad fikcija, kad nepriklausomas teisėjas atstovauja monarchui, yra visiškai nepateisinama. Juk ji reiškia ne tai (ir negali reikšti), kad teisėjas turi vykdyti savo funkciją monarcho interesais, o tik tai, kad ji iš tikrųjų yra monarcho prerogatyva, kokiais nors sumetimais monarcho deleguojama jo paskirtam teisėjui. Bet ši fikcija konfliktuoja su pozityviąja teise net tuo atveju, kai ja naudojasi pats įstatymų leidėjas, t. y. net kai įstatymas įsako teisėjui savąjį nuosprendį skelbti „monarcho vardu". Ši fikcija neturi kito tikslo, tik politinį – pakelti monarcho autoritetą priskiriant jam tą funkciją, kuri iš jo buvo eksplicitiškai atimta, kai absoliutinę monarchiją pakeitė konstitucinė monarchija.

[110] Plg. Hans Kelsen, *The Political Theory of Bolshevism* (1955), p. 51 ir „Foundations of Democracy", *Ethics*, LXVI: 1 (1955), Part II, p. 6 ff.

Valstybė kaip pareigų ir teisių subjektas

Valstybės, kaip juridinio asmens, pareigos ir teisės, kurių struktūra bus toliau nagrinėjama, nėra tos, kurias jai nustato arba suteikia aukštesnė teisinė tvarka arba tarptautinė teisė. Tai tokios pareigos ir teisės, kurias nustato nacionalinė teisinė tvarka. O tarptautinės teisės nustatomos pareigos ir teisės, analogiškos toms, kurias korporacijoms nustato nacionalinė teisinė tvarka, bus aptariamos aprašant tarptautinės ir nacionalinės teisės santykį.

Valstybės pareigos: valstybės pareiga ir valstybės deliktas; valstybės atsakomybė. Apie valstybės „pareigas" dažnai kalbama teisiškai netiksliai, nevartojant preciziškai apibrėžiamos teisinės pareigos sąvokos. O jeigu tokia sąvoka (ypač toji, kuri čia vartojama), pagal kurią teisinė pareiga elgtis tam tikru būdu yra tuo atveju, kai teisinė tvarka su priešingu elgesiu susieja prievartos aktą kaip sankciją, yra preziumuojama, tai jokios valstybei priskiriamos teisinės pareigos paprastai ir nebūna – tik moralinė-politinė pareiga. Taip esti, pavyzdžiui, tada, kai sakoma, kad valstybė yra įpareigota nubausti piktadarį, nors bausmės skyrimas piktadariui nėra teisinės pareigos turinys, nes jos neskyrimas nėra sankcijos sąlyga: teisės taikymo organas yra ne įpareigotas, o tik įgalintas skirti bausmę. Jeigu tokia pareiga yra oficiali teisės taikymo organo pareiga, tai šią pareigą priskirti valstybei galima tik tuo atveju (to reikalauja nuoseklumas), kai jos pažeidimas taip pat bus priskiriamas valstybei, nes teisinės pareigos subjektas yra tas, kuris savo elgesiu gali tą pareigą pažeisti, t. y. potencialus pažeidėjas. Jeigu oficialią pareigą nubausti piktadarį konstituoja baudžiamoji sankcija ir jeigu, kaip paprastai būna, valstybei nėra priskiriamas joks baustinas deliktas, tai (to reikalauja nuoseklumas) valstybei negalima priskirti ir minėtos pareigos. Tačiau kasdienėje terminijoje valstybei priskiriama anaiptol ne ši oficiali organo pareiga. Kaip oficiali pareiga, ji yra laikoma individo, kurio elgesys yra šios pareigos turinys, pareiga. Šitaip yra patenkinamas pareigos subjekto buvimo poreikis ir todėl atkrinta priskyrimo valstybei, kaip juridiniam asmeniui, būtinybė. Dėl to kalbant apie valstybės pareigą ką nors nubausti nėra turima galvoje oficiali organo pareiga, o šitaip tik yra išreiškiamas teisinei tvarkai adresuojamas moralinis-politinis reikalavimas.

Konstitucijos garantuojamoms vadinamosioms valstybės piliečių pagrindinėms teisėms ir civilinėms laisvėms yra įprasta priešpriešinti jas atitinkančias valstybės pareigas įstatymais nepažeisti lygybės arba laisvės, kurios yra tų teisių turinys, kitaip tariant, nesikišti į šiuo būdu ginamą individų sritį tokiais įstatymais, kurie šią sritį ribotų arba naikintų. Anksčiau analizuojant šias pagrindines teises bei civilines laisves[111] buvo parodyta, kad jos nėra teisės specifine šio termino prasme, kad „draudimas" leisti tam tikrus įstatymus, pažeidžiančius konstitucijos garantuotas lygybę arba laisvę, ne sukuria teisinę įstatymų leidybos organo pareigą, o tik atveria galimybę, laikantis specialios procedūros, panaikinti vadinamąjį antikonstitucinį įstatymą. Kadangi teisinės įstatymų leidybos organo pa-

[111] Plg. p. 138 ir toliau.

reigos susilaikyti nuo lygybę arba laisvę pažeidžiančių įstatymų išleidimo nėra ir kadangi galimai esanti teisinė valstybės vadovo arba kabineto narių pareiga nedalyvauti kuriant tokius įstatymus yra laikoma šių organų pareiga, todėl jos nereikia priskirti valstybei, kaip juridiniam asmeniui, tai vadinamoji valstybės pareiga gerbti piliečių lygybę ir laisvę tėra jau minėtas teisinei tvarkai adresuojamas moralinis ir politinis reikalavimas.

Jeigu yra daroma prielaida, kad teisinės pareigos elgtis tam tikru būdu esama tik tokiu atveju, kai teisinė tvarka priešingą elgesį susieja su sankcija, be to, jeigu tam tikru būdu elgtis teisiškai įpareigotas yra tik tas individas, kuris savo elgesiu gali ne tik *atlikti* pareigą, bet ir ją *pažeisti*, taigi valstybei priskiriamos pareigos subjektas yra tas individas, kuris, kaip valstybės organas, privalo savo elgesiu šią pareigą atlikti ir todėl gali ją savo elgesiu pažeisti, jeigu taip, tai būtų nuoseklu juridiniam asmeniui apskritai ir konkrečiai – valstybei, kaip juridiniam asmeniui, tam tikrą teisinę pareigą priskirti tik tuo atveju, kai valstybei yra priskiriama ne tik tai, kad organas laikosi pareigos, bet ir tai, kad jis ją pažeidžia, ypač jeigu tariama, kad valstybė gali padaryti deliktą. Bet kadangi priskyrimas yra tik galima, o ne būtina mintinė operacija ir kadangi jame visuomet esama fikcijos (nes iš tikrųjų teisinės tvarkos nustatytą pareigą visuomet atlieka arba pažeidžia ne valstybė kaip juridinis asmuo, o konkretus žmogus), tai valstybei galima priskirti pareigą bei tą elgesį, kuriuo šioji vykdoma, kartu nepriskiriant valstybei tos pareigos pažeidimo; negana to, valstybės (vadinasi, jos valdžios) autoriteto labui galima palaikyti idėją, kad valstybė gali daryti gera, o ne bloga.

Žinoma, jeigu deliktas yra toks faktas, kurį apibrėžia tarptautinė teisinė tvarka ir kurį sudaro šios tvarkos valstybei, kaip juridiniam asmeniui, nustatytos pareigos pažeidimas, tai deliktą priskiriant valstybei įprastoje terminijoje nesama jokių sunkumų. Juk kaip matysime vėliau, nacionalinė teisinė tvarka valstybės organą gali įgalinti elgtis taip, kaip tarptautinė teisė draudžia. Toks elgesys yra deliktas tik tarptautinės teisės požiūriu, o ne nacionalinės teisės požiūriu. Nacionalinės teisinės tvarkos normos, įgalinančios tarptautinę teisę pažeidžiantį elgesį, negalima panaikinti pagal tarptautinę teisę. Bendroji tarptautinė teisė su tokiu elgesiu tik susieja vieną iš savo sankcijų: karą arba represalijas, kurių imasi ta valstybė, kurios interesai, ginami tarptautinės teisės, yra pažeidžiami. Vyraujanti kalbos vartosena nesipriešina, kai yra tvirtinama, kad valstybė pažeidė savo tarptautines teisines pareigas arba kad tarptautinės teisės numatytos sankcijos yra nukreiptos prieš valstybę pažeidėją; vadinasi, valstybė atsako už jos padarytą deliktą[112].

Tačiau situacija yra kitokia, kai reikia atsakyti į klausimą, ar faktus, kurie yra deliktas pagal nacionalinę teisinę tvarką, galima priskirti valstybei kaip *šios* teisinės tvarkos personifikacijai ir ar *nacionalinės* teisinės tvarkos numatytą sankciją galima interpretuoti kaip nukreiptą prieš valstybę. Čia aiškiai pastebima tendencija valstybei nepriskirti to elgesio, kuris savo pobūdžiu yra deliktas pagal nacionalinę teisinę tvarką, – tendenciją individą, pašauktą vykdyti tam tikrą funkciją, valstybės organu laikyti tik tiek, kiek jo elgesys nėra deliktas pagal nacionalinę teisinę tvarką. Šią tendenciją išreiškia formulė: „Vals-

[112] Plg. p. 259 ir 261–262.

tybė negali padaryti nieko bloga". Šią formulę pagrindžia idėja, kad valstybė, kurios „valia" yra teisė, negali norėti bloga ir todėl negali padaryti bloga. Jeigu padaromas deliktas, tai jis gali būti tik individo (individo elgesiu padarytas) deliktas, o ne valstybės deliktas, ir tas individas kaip šios valstybės organas elgiasi tik tuo atveju, kai jo elgesį teisinė tvarka įgalina tuo atžvilgiu, kad šis jo elgesys yra teisėkūra, teisės taikymas arba jos laikymasis, bet ne teisės pažeidimas. Teisės pažeidimas yra už šiam organui suteiktos valdžios ribų, tad jo negalima priskirti valstybei. Bloga daranti valstybė prieštarautų pati sau.

Toks priskyrimo valstybei apribojimas yra visiškai galimas. Bet jis nėra būtinas tuo atžvilgiu, kad delikto priskyrimas valstybei vestų į loginį prieštaravimą. Kad teisė yra valstybės „valia", yra metafora, reiškianti tik tai, jog teisinės tvarkos konstituojama bendruomenė yra valstybė ir jog šios teisinės tvarkos personifikacija yra valstybė kaip asmuo; o „blogybė" (deliktas) yra ne teisės neigimas (kaip tariama atmetant valstybės vykdomo delikto sampratą), bet (kaip parodyta) sąlyga, su kuria teisinė tvarka susieja specifinį padarinį. Teiginys, kad tam tikras elgesys yra „neteisėtas" (nelegalus), išreiškia ne loginį, o tik teleologinį jo ir „teisėto" (legalaus) elgesio nepanašumą, tarus, kad teisinė tvarka siekia užkirsti kelią pirmajam, bet ne pastarajam ir dėl to nelegalų elgesį susieja su sankcija, nukreipta prieš taip besielgiantį individą. Kadangi deliktas yra teisinės tvarkos apibrėžiamas faktas, jį galima sieti su personifikuotos teisinės tvarkos vienove, t. y. jį galima priskirti valstybei. Kai kuriais atvejais taip iš tikrųjų ir daroma. Kasdienė kalbos vartosena palaiko principą, kad valstybė negali padaryti delikto, bet čia esama kai kurių svarbių išimčių.

Tiesa, baudžiamosios sankcijos konstituojamas deliktas valstybei paprastai nėra priskiriamas. Pareigos, kurios pažeidimas susiejamas su bausme, subjektu laikomas tas individas, kurio elgesiu ši pareiga buvo pažeista. Įprastoje kalbos vartosenoje valstybei yra priskiriamos tik tos pareigos, kurias turi vykdyti pagal darbo pasidalijimo principą funkcionuojantys ir jas atlikti teisinės tvarkos pašaukti individai, todėl tariama, kad pažeisdamas baudžiamosios sankcijos konstituojamą pareigą toks individas veikia ne kaip valstybės organas. Kadangi valstybei yra priskiriamas tik tas elgesys, kuriuo yra atliekama pareiga (bet ne tas, kuriuo ji pažeidžiama), tai valstybei yra priskiriama tokia pareiga, kurią valstybė gali atlikti, bet ne pažeisti. Anksčiau jau buvo paaiškinta, kodėl prieštaravimas, esą toks priskyrimas nesuderinamas su čia dėstoma teisinės pareigos sąvoka, nėra esminis[113].

Iš tiesų nacionalinės teisinės tvarkos nustatytos pareigos pažeidimas (taigi ir pati ši pareiga) valstybei yra priskiriamas tik tada, kai jos turinys yra tam tikra finansinė veikla, kai ją vykdyti reikia iš valstybės turto ir kai išieškojimas (jeigu jį galima vykdyti) yra nukreipiamas į valstybės turtą. Teisinė tvarka gali numatyti, kad teismo procese nustačius, jog buvo nubaustas nekaltas individas, ne tik turi būti panaikinama bausmė ir, vadinasi, priverstinis gyvybės arba laisvės atėmimas neturi būti traktuojamas kaip bausmė,

[113] Plg. § 33e, poskyrį „Juridinio asmens pareigos".

bet ir šiam individui arba jo šeimai turi būti atlyginama materialinė žala, kompensaciją išmokant iš valstybės turto. Ją išmokėti įpareigojamas tam tikras valstybės organas. Sakoma, kad neišmokėjus kompensacijos valstybei galima pareikšti ieškinį ir teismas gali įpareigoti valstybę tą kompensaciją išmokėti; jeigu ir tai nepadaroma (tai mažai tikėtina, nors įmanoma), į valstybės turtą gali būti nukreipiamas išieškojimas. Tokiu atveju sakoma, kad valstybė pažeidė savo teisinę pareigą atlyginti nekaltam individui padarytą žalą. Kitaip tariant, valstybei yra priskiriama ir pareiga bei jos atlikimas, *ir* jos pažeidimas; o tarus, kad minėtas turtas yra interpretuojamas kaip valstybės nuosavybė, valstybei yra priskiriamas net ir sankcijos patyrimas.

Tokio pat priskyrimo esama ir tada, kai individas, veikdamas kaip valstybės organas, sudaro teisinį sandorį, sukuriantį valstybės pareigas, kurių įvykdymas yra užtikrinamas turtu, interpretuojamu kaip valstybės turtas. Deliktą, kurį sudaro pareigos neatlikimas, valstybei, kaip asmeniui, galima priskirti dėl to, kad deliktą sudarančius faktus nacionalinė teisinė tvarka apibrėžia kaip sankcijos taikymo sąlygas, t. y. kaip į valstybės turtą nukreipiamo išieškojimo sąlygas. Tačiau jeigu minėtą turtą galima interpretuoti kaip „valstybe“ vadinamai teisinei bendruomenei priklausančių individų kolektyvinę nuosavybę (tai bus aptariama vėliau), šią pareigą galima priskirti tiems individams, ir tada galime kalbėti apie kolektyvines valstybės narių pareigas. Oficialią pareigą, kurią pažeidžia organas, neatlikdamas valstybės pareigos, arba (tai yra tas pats) narių kolektyvinę pareigą reikia skirti nuo šios valstybės pareigos. Juk pastarąją pareigą konstituoja galimas išieškojimas iš valstybės turto, tuo tarpu oficialią organo pareigą – prieš organą nukreipta drausminė sankcija. Valstybei yra priskiriama tik pirmoji iš paminėtų pareigų, o ne oficiali organo pareiga.

Interpretacija, kad išieškoma iš valstybės turto, atrodo absurdiška, jeigu pats šis prievartos aktas yra priskiriamas valstybei, nes tada atrodo, kad valstybė vykdo išieškojimą iš savęs. Bet tokios interpretacijos galima išvengti. Tikroji situacija yra štai kokia: išieškojimas turi būti daromas prieš to organo, kurio kompetencijai priklauso to turto administravimas, valią. Jo atsisakymas vykdyti valstybės vykdomojo organo įsakymą yra jo oficialios pareigos pažeidimas. Prievartos aktas, jeigu jo iš tikrųjų prireiktų, būtų nukreipiamas prieš šį individą. Kadangi priskyrimas yra tik galima, o ne būtina mintinė operacija, tai anaiptol nėra būtina valstybei priskirti blogybės, kaip prievartos akto, patyrimo, o norint išvengti minties, kad valstybė vykdo išieškojimą iš savęs, to ir nereikia daryti. Tad yra išieškoma iš valstybės turto, bet išieškojimas nėra nukreipiamas į valstybę kaip asmenį. Tas individas, prieš kurį yra nukreipiamas išieškojimas iš turto, nebūtinai yra nuosavybę konstituojančios teisės subjektas.

Tad jeigu valstybės finansinės pareigos aprašomos nesigriebiant priskyrimo, jos yra valstybės organo, kurio elgesys sudaro šių pareigų turinį, pareigos. Tai yra pareigos, atliktinos iš turto, interpretuojamo kaip valstybės nuosavybė. Jas konstituoja sankcijų nustatymas būtent į šį turtą, bet ne prieš valstybę kaip asmenį nukreipiamo išieškojimo nustatymas. Išieškojimas yra nukreipiamas prieš šį turtą administruojančio organo asmenį. Jeigu šis turtas yra priskiriamas valstybei kaip nuosavybę konstituojančios teisės subjek-

tui, tai už deliktą, kurį padaro individas nevykdydamas pareigos, kurią jis, kaip valstybės organas, turi vykdyti, valstybė atsako savo turtu. *Tarptautinės* teisės valstybei nustatytų pareigų atveju *ir* toji pareiga, *ir* tą pareigą konstituojančio prievartos akto patyrimas yra priskiriami valstybei kaip asmeniui, o tuo atveju, kai valstybei pareigas nustato *nacionalinė* teisinė tvarka, valstybei kaip asmeniui yra priskiriama tik pareiga, o ne prievartos akto patyrimas. Pagal įprastą terminiją valstybė, kaip juridinis asmuo, gali padaryti deliktą nevykdydama jai nacionalinės teisinės tvarkos nustatyto finansinio įpareigojimo ir šitaip jį pažeisdama; bet į valstybės turtą nukreiptas išieškojimas, su kuriuo, kaip su sankcija, nacionalinė teisinė tvarka susieja šį valstybės deliktą, nėra interpretuojamas kaip nukreiptas prieš valstybę kaip asmenį. O tai reiškia, kad valstybė už „jai“ priskiriamą deliktą atsako ne savo asmeniu, o tik savo turtu, užtat savo asmeniu už šį valstybės deliktą atsako organas, pasielgęs priešingai savo pareigai. Jeigu valstybės turtą galima interpretuoti kaip kolektyvinę valstybės narių nuosavybę, tai, kaip bus parodyta vėliau, valstybės atsakomybė yra kolektyvinė jos narių atsakomybė.

Valstybės teisės. Jeigu teisė technine šio žodžio prasme yra suprantama kaip refleksinė teisė, pasižyminti teisine galia būti įgyvendinta reaguojant į šiai refleksinei teisei tapačios pareigos neatlikimą, ir jeigu šios teisės subjektas yra individas, kuriam teisinė tvarka suteikia tokią teisinę galią, tai tos teisės, kurios interpretuojamos kaip valstybės teisės, yra individo, kuris, veikdamas kaip valstybės organas, naudoja šią teisinę galią, teisės. Šios teisinės galios naudojimą priskirdami valstybei ją priskiriame nacionalinei teisinei tvarkai, nustatančiai, kad naudoti šią teisinę galią turi tam tikras individas. Pareiga, prieš kurios nevykdymą yra naudojama ši teisinė galia, taip pat yra interpretuojama kaip pareiga valstybės atžvilgiu, o šiai pareigai tapati refleksinė teisė yra interpretuojama kaip refleksinė valstybės teisė. Įpareigotasis vieno individo elgesys iš tikrųjų gali būti tik elgesys kito individo arba kitų individų atžvilgiu. Bet naudojimasis refleksine teise gali būti individo, kvalifikuojamo kaip valstybės organas, funkcija, t. y. šį elgesį galima priskirti valstybei. Tai pasakytina apie tam tikras pareigas, pavyzdžiui, apie pareigą atlikti karo tarnybą arba mokėti mokesčius. Karo tarnybos atlikimą akceptuoja valstybės kariniai organai, mokesčių mokėjimą – valstybės finansų organai, ir šis akceptavimas yra jų oficialios pareigos turinys. Bet sakoma, kad šių pareigų vykdymą jie akceptuoja ne sau, kaip tai daro darbdavys, akceptuojantis tai, ką atlieka darbuotojas, arba kreditorius, akceptuojantis skolininko mokėjimą. Šį vykdymą jie akceptuoja „už valstybę“. O tai reiškia, kad akceptavimas yra interpretuojamas kaip valstybės funkcija – jis yra priskiriamas valstybei. Kalbant apie pareigą mokėti mokesčius reikia dar pridurti, kad šis mokėjimas netampa individo, funkcionuojančio kaip valstybės organas, nuosavybe, – jie tampa tokia nuosavybe, kuri yra interpretuojama kaip valstybės nuosavybė. Pareiga atlikti karo tarnybą ir pareiga mokėti mokesčius yra apibūdinamos kaip viešosios teisinės pareigos. Bet tokia pat situacija susiklosto, kai privačios teisinės pareigos (pagal kurias reikia ką nors atlikti) yra sukuriamos teisiniais sandoriais, kuriuos sudaro valstybė, t. y. tam tikras individas, kaip valstybės organas, kurį tai daryti įgalina teisinė

tvarka. Teisinės galios inicijuoti procesą, turintį pasibaigti sankcijos, kaip reakcijos į čia aptariamų pareigų neatlikimą, įvykdymu, naudojimas – šį dalyką taip pat daro tam tikras valstybės organas, ir tai yra priskiriama valstybei kaip valstybės funkcija. Jeigu turima galvoje, kad šios pareigos yra nustatomos ne paslaugas akceptuojančių ir į pareigų neatlikimą reaguoti turinčių individų interesais, ir jeigu tariama, kad nustatant šias pareigas yra užtikrinami būtent valstybės interesai, tai (kadangi „interesus" gali turėti tik gyvi žmonės) gali reikšti tik viena – kad šios pareigos yra nustatomos visų tai teisinei bendruomenei priklausančių individų interesais. Tada vykdymo akceptavimą bei teisinės galios naudojimą galima priskirti ne valstybei, kaip fiktyviam asmeniui, bet teisinės bendruomenės individams. Vadinasi, vykdymą akceptuojančius individus galime vadinti ne tik valstybės organais, bet ir tai teisinei bendruomenei priklausančių žmonių organais. Tiek ir minėtas teises galima interpretuoti kaip kolektyvines šių individų teises.

Kartais pareigos, reikalaujančios susilaikyti nuo tam tikro elgesio, sudarančios didžiąją baudžiamosios teisės dalį, yra interpretuojamos taip, kad jos turi ryšį ne tik su individais, kuriuos tiesiogiai paliečia jų pažeidimas, bet netiesiogiai ir su valstybe; sakome, jog valstybė turi teisę, kad jos piliečiai susilaikytų ir nepadarytų tokių deliktų; tai pirmiausia liudija ta aplinkybė, kad į šių pareigų pažeidimą reaguoja būtent viešasis kaltintojas. Tai, kad delikto negalima daryti, turi ryšį su valstybe, ir šitaip yra preziumuojama, kad deliktas yra ne vien elgesys, žeidžiantis tą individą, kurį jis tiesiogiai paliečia, bet ir toks elgesys, kuris pažeidžia visų tai teisinei bendruomenei priklausančių individų interesus; ir tai liudija ta aplinkybė, kad jį persekioja ne tiesiogiai paliestas individas, bet – bendruomenės interesais – tos bendruomenės organas. Taigi ir šiuo atveju, remdamiesi tokiais samprotavimais, galime kalbėti apie valstybės narių kolektyvines teises.

Kartais kalbama apie valstybės „teisę" nubausti piktadarį. Tokios teisės, kaip refleksinės teisės, esama tik jeigu yra teisinė pareiga toleruoti bausmę, t. y. jeigu elgesys, kuriuo piktadarys išvengia paskirtos bausmės, yra susiejamas su papildoma bausme.

Ypač svarbios yra vadinamosios daiktinės valstybės teisės (*Sachenrechte*) ir pirmiausia jos nuosavybės teisės siauresne prasme (*Eigentumsrechte*). Juk jos sudaro nuosavybės platesne prasme, interpretuojamos kaip valstybės nuosavybė (*Staatsvermogen*), branduolį, o šioji atlieka itin svarbų vaidmenį priskiriant funkcijas valstybei, kaip biurokratiniam pareigūnų aparatui, taigi atlieka svarbų vaidmenį priskiriant tą funkciją, kuri vadinama tiesioginiu valstybės administravimu.

Individo nuosavybės teisę į tam tikrą objektą sudaro visų kitų individų įpareigojimas toleruoti tai, kaip šis individas faktiškai disponuoja tuo objektu (juo naudojasi, nesinaudoja, net jį sunaikina), bei individo, į kurį nukreipta ši tolerancijos pareiga, teisinė galia ir disponuoti tuo objektu sudarant sandorius, ir reaguoti į tai, kad kiti neatlieka šios pareigos, pareiškiant jiems ieškinius. Disponavimo (faktinio arba sutartinio) teisę ir teisę naudoti šią teisinę galią paprastai turi tas pats individas. Šis individas yra objekto savininkas. Jeigu kaip valstybės nuosavybės teisė į tam tikrą objektą interpretuojamą faktų visumą aprašome nesigriebdami priskyrimo, tai turime pasakyti, jog disponavimas (faktinis arba sutartinis) tuo objektu yra rezervuojamas tam tikriems individams, kurie tuo objek-

tu disponuoja atlikdami oficialią pareigą ir kurie tai daro tokiu būdu, kad visi kiti individai yra įpareigojami šiuos disponavimo aktus toleruoti, tad pastariesiems yra užkertamas kelias patiems disponuoti tuo objektu, be to, kad teisinė galia ieškinio pareiškimu reaguoti į šių toleravimo pareigų neatlikimą yra suteikiama tam tikriems individams, kurie yra kvalifikuojami taip pat, kaip ir tie, kuriems yra rezervuojamas (faktinis arba sutartinis) disponavimas. Akivaizdu, kad teisę šitaip disponuoti objektu turi ir šią teisinę galią naudoti gali ne tas pats individas; šios funkcijos yra paskirstomos skirtingiems individams. Pažymėtina, kad faktiškai disponuoti objektu, laikomu valstybės nuosavybe, ypač juo naudotis, gali ne visi valstybės nariai. Valstybei priklausantį namą arba transporto priemonę teisiškai reguliuojamu būdu naudoti galima tik tam tikriems individams. Bet net jeigu visos minėtos funkcijos būtų sutelktos vieno individo rankose (o taip niekuomet nebūna), šis individas vis tiek nebūtų laikomas savininku, nes ir tokiu atveju (kaip ir kitais) būtų daroma prielaida, kad šios funkcijos jas vykdančiam individui yra suteiktos ne jo paties interesais, bet visų bendruomenės individų interesais; kitaip tariant, būtų daroma prielaida, kad šioji teisė tarnauja ne minėto individo, bet bendruomenės interesų gynimui. Tokio bendruomenės intereso prielaida teikia kriterijų, pagal kurį pareigūnų vykdomos funkcijos, tad ir atitinkama teisė, priskiriamos bendruomenės nariams. Faktiškai šį funkcijų priskyrimą bendruomenės nariams apima nuosavybės teisių priskyrimas valstybei, kaip fiktyviam asmeniui. Nuosavybės nacionalizavimas visada suprantamas kaip nuosavybės socializavimas, komunizavimas. Šiuo atžvilgiu valstybės nuosavybė yra kolektyvinė valstybės narių nuosavybė; o tai reiškia, kad taip, kaip nuosavybę galima priskirti valstybei kaip asmeniui, lygiai taip pat ją galima priskirti ir realiems žmonėms, sudarantiems „valstybe“ vadinamą bendruomenę. Abiem atvejais priskyrimas implikuoja fikciją. Įprastoje terminijoje vienas iš jų apima kitą. Pabrėždami vieną sakome, kad individai, vykdantys šią nuosavybės funkciją, yra valstybės organai, ir tada toji nuosavybė yra valstybės nuosavybė; pabrėždami kitą sakome, kad šie individai atstovauja žmonėms, o toji nuosavybė yra žmonių nuosavybė.

c) Vadinamasis valstybės įsipareigojimas; teisinė valstybė (*Rechtsstaat*)

Tik remiantis aukščiau pateikta valstybės sampratos analize galima suprasti tai, ką tradicinė teorija vadina „valstybės įsipareigojimu“ ir aprašo kaip faktą, kad valstybė, būdama nuo teisės nepriklausoma socialinė realybė, kuria teisę ir paskui pati visiškai savanoriškai jai save pajungia. Tik tada ji yra teisinė valstybė, *Rechtsstaat*. Neteisinės valstybės neįmanoma įsivaizduoti; juk valstybė egzistuoja tik valstybės aktuose, o šie yra individų atliekami aktai, priskiriami valstybei, kaip juridiniam asmeniui. Toks priskyrimas galimas tik šiuos aktus tam tikru būdu apibrėžiančių teisės normų pagrindu. Kad valstybė kuria teisę, reiškia tik tai, kad teisę kuria individai, kurių aktai remiantis teise yra priskiriami valstybei. O tai reiškia, kad teisė reguliuoja savo pačios savikūrą. Nebūna ir niekada negali būti taip, kad valstybė, esanti senesnė už teisę, sukurtų teisę, o paskui save jai pa-

jungtų. Ne valstybė save pajungia teisei, bet teisė, reguliuodama žmonių elgesį, o konkrečiai – jų elgesį kuriant teisę, padaro tuos žmones pavaldžius teisei.

Apie valstybės įsipareigojimą galime kalbėti tik tuo atžvilgiu, kad pareigas ir teises, priskiriamas valstybei, kaip asmeniui, nustato ta pati teisinė tvarka, kurios personifikacija yra valstybė. Toks pareigų ir teisių priskyrimas valstybei, t. y. jų susiejimas su teisinės tvarkos vienove, tad ir su šitaip įvykdoma personifikacija, tėra mintinė operacija, ir tai reikia dar kartą pabrėžti. Kaip pažinimo objekto realiai esama tik teisės.

Jeigu valstybė yra suvokiama kaip teisinė tvarka, tai bet kuri valstybė yra teisinė valstybė (*Rechtsstaat*), o pats šis terminas tampa pleonazmu. Tačiau iš tikrųjų šis terminas vartojamas žymėti ypatingos rūšies valstybei arba valdžiai, būtent tokiai, kuri atitinka demokratijos ir teisinio saugumo reikalavimus. *Rechtsstaat* šia specifine prasme yra santykinai centralizuota teisinė tvarka, kur jurisdikciją ir administraciją saisto bendrosios teisės normos – tautos išrinkto parlamento kuriamos normos; valstybės vadovas gali dalyvauti arba nedalyvauti jas kuriant; vyriausybės nariai atsako už savo aktus; teismai yra nepriklausomi; taip pat yra garantuojamos tam tikros piliečių laisvės, pirmiausia religijos laisvė ir žodžio laisvė.

d) Centralizacija ir decentralizacija[114]

Jeigu valstybė yra suvokiama kaip žmonių elgesio tvarka, vadinasi, kaip laike ir erdvėje galiojančių normų sistema, tai teritorinio valstybės padalijimo į provincijas arba į vadinamąsias valstijas nares problema tampa ypatinga normų, sudarančių „valstybe" vadinamą tvarką, teritorinio galiojimo srities problema. Įprastoji valstybės samprata remiasi prielaida, kad visos nacionalinės teisinės tvarkos normos vienodai galioja visoje valstybės teritorijoje arba, jeigu jos siejamos su normų kūrimo organu, kad jos kyla iš vieno autoriteto ir kad šis vienintelis autoritetas iš centro valdo visą teritoriją. Šioje sąvokoje (vadinamosios „unitarinės" valstybės sąvokoje) valstybės tvarką sudarančių normų galiojimo teritorinės srities idėja yra suplakama su normų kūrimo organų vienumo arba daugybiškumo idėja. Vis dėlto šias dvi idėjas reikia aiškiai skirti. O tiek, kiek „unitarinės valstybės" sąvoka išreiškia centralizacijos ir decentralizacijos nepanašumą (tiek, kiek unitarinė valstybė, kaip centralizuota teisinė bendruomenė, yra priešpriešinama decentralizuotos teisinės bendruomenės tipui), šį nepanašumą galima vaizduoti tik į jį žvelgiant iš nacionalinę teisinę tvarką sudarančių normų galiojimo teritorinės srities perspektyvos, t. y. jį gali aprašyti statinė teisės teorija, neatsižvelgdama į dinaminį normų kūrimo organų vienumo arba daugybiškumo elementą.

Idėja, jog nacionalinės teisinės tvarkos normos vienodai galioja visoje valstybės teritorijoje, remiasi prielaida, kad ši teisinė tvarka, valstybės tvarka, susideda tik iš bendrųjų normų, kad valstybės tvarka yra tapati normoms, išleistoms kaip įstatymai. Juk tokia situacija, kai valstybės įstatymai galioja visoje tos valstybės teritorijoje (kai nėra valstybės įstatymų, galiojančių tik tam tikroje tos valstybės teritorijos dalyje), yra gana dažna. Jei-

[114] Plg. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 163 ff.

gu valstybės galią tapatiname su įstatymų leidybos galia, tai valstybės, kaip centralizuotos teisinės bendruomenės, idėja beveik nekonfliktuoja su istorine teisine tikrove, t. y. su pozityviosiomis teisinėmis tvarkomis. Bet jeigu pagalvojame dar ir apie individualiąsias normas, sukuriamas teismų sprendimais bei įstatymų leidybos organo sukurtas bendrąsias normas konkretinančiais administraciniais aktais (nes šios normos taip pat priklauso nacionalinei teisinei tvarkai, kaip „valstybe" vadinamai tvarkai), tada paaiškėja, kad pozityvioji valstybė vargu ar kada nors atitiko unitarinės valstybės, kaip centralizuotos teisinės tvarkos, idėją. Juk net jeigu įstatymų leidybos būdu sukurtos bendrosios normos galioja visoje tos valstybės teritorijoje, šias normas paprastai sukonkretina individualiosios normos, galiojančios tik tam tikrose teritorijos dalyse; juk šias individualiąsias normas kuria organai, kurių normų kūrimo kompetencija yra teritorijos požiūriu apribota tam tikra visos teritorijos dalimi. Istorinės valstybės, t. y. pozityviosios nacionalinės teisinės tvarkos, nebūna nei visiškai centralizuotos, nei visiškai decentralizuotos; jos visada būna tik iš dalies centralizuotos, vadinasi, ir iš dalies decentralizuotos, ir artėja tai prie vieno, tai prie kito idealaus tipo.

Žvelgiant konceptualiai, centralizuota teisinė bendruomenė yra ta, kurios tvarką sudaro vien visoje toje teritorijoje galiojančios teisės normos, tuo tarpu decentralizuota bendruomenė yra ta, kurios normos galioja tik tam tikrose tos teritorijos dalyse. Teisinės bendruomenės pasidalijimas į dalines teisines bendruomenes reiškia, kad teisinę bendruomenę konstituojančios teisinės tvarkos normos (arba kai kurios iš tų normų) galioja tik tam tikrose tos teritorijos dalyse. Tuomet bendruomenę konstituojančią teisinę tvarką sudaro normos, kurių teritorinės galiojimo sritys yra skirtingos. Visiškos (ne dalinės) decentralizacijos atveju negali būti visoje teritorijoje galiojančių normų – tik normos, galiojančios tam tikrose tos teritorijos dalyse. Kadangi teritorijos vienovę konstituoja šioje teritorijoje galiojančios teisinės tvarkos vienovė, tai abejotina, ar idealiu visiškos decentralizacijos atveju vis dar galime kalbėti apie visą teritoriją ir apie *vieną* teisinę tvarką. Decentralizacija galima tik tuo atveju, kai padalijama ta pati teisinė bendruomenė, ta pati teritorija. Jeigu decentralizacija nueitų taip toli, kad viena greta kitos gyvuotų kelios teisinės bendruomenės, kelios teisinės tvarkos su nepriklausomomis (atskiromis) teritorinėmis galiojimo sritimis ir į šias dalis negalima būtų žvelgti kaip į visos teritorijos dalis, tai, matyt, būtų peržengtos decentralizacijos galimybių ribos. Kaip bus parodyta vėliau[115], teisinių bendruomenių daugybiškumo arba tokio teisinių tvarkų gyvavimo viena greta kitos, kai nėra šias tvarkas aprėpiančios ir kartu jas delimituojančios visuminės teisinės tvarkos, įsivaizduoti neįmanoma. Ir taip, kaip visas valstybes (jeigu jos laikomos lygiagrečiomis teisinėmis bendruomenėmis) reikia traktuoti kaip visa apimančios tarptautinės teisinės bendruomenės nares, lygiai taip pat ir visų valstybių teritorijas reikia traktuoti kaip dalines visuotinės teisinės tvarkos teritorines galiojimo sritis.

Jeigu visiškos decentralizacijos (pagal jos idėją) esama tik ten, kur nėra visoje teritorijoje galiojančių normų, tai, atsižvelgiant į būtinąją tvarkos vienovę, šį dalyką galima

[115] Plg. § 43c.

suprasti tik taip, kad negali būti visoje teritorijoje galiojančių *pozityviųjų* normų, bet bent jau preziumuojama pamatinė norma galioja visoje teritorijoje. Visos teritorijos vienovę ir dalines teisines tvarkas aprėpiančios visuminės teisinės tvarkos vienovę turi konstituoti bent ši pamatinė norma. Tad ribinis decentralizacijos atvejis yra ir ribinis viena greta kitos gyvuojančių teisinių bendruomenių daugybiškumo atvejis. Minimali sąlyga, kuriai esant vis dar galima kalbėti apie decentralizaciją, kartu yra ir minimali sąlyga, kuriai esant galima daryti daugybiško teisinių bendruomenių koegzistavimo prielaidą. Apie decentralizaciją galime kalbėti ir siauresne prasme, bet tik tuo atveju, kai visos teritorijos vienovę konstituoja pozityviosios normos, o ne vien preziumuojama pamatinė norma. Tačiau vargu ar tai turi reikšmės, nes teisinė tikrovė neperžengia ir šių siauresnių ribų. Kraštutinis decentralizacijos atvejis, į kurį atkreiptinas dėmesys pozityviojoje teisėje, būtent tarptautinės bendruomenės pasidalijimas į nacionalines valstybes, taip pat atitinka šią decentralizacijos siauresne prasme sąvoką.

Jeigu teisinės tvarkos normų teritorinio galiojimo sritys skiriasi, tai įmanoma, nors ir nėra būtina, kad skirtingose teritorijos dalyse galios skirtingo turinio normos. Teoriniu ribiniu atveju, kai teritorijos vienovę konstituoja tik preziumuojama pamatinė norma ir kai visos pozityviosios, t. y. nustatytosios, normos galioja tik atskirose teritorijos dalyse, yra tik viena teisinė tvarka be jokios pozityviosios apibrėžto materialaus turinio normos, kuri galiotų visoje teritorijoje.

Skirtingo turinio normų, kurios galiotų skirtingose teritorijos dalyse, poreikį gali lemti įvairios priežastys: teisinės bendruomenės teritorinį padalijimą gali lemti reguliuojamo dalyko geografiniai, tautiniai, religiniai skirtumai, ir tuo labiau, kuo didesnė yra visa toji teritorija ir kuo didesnė yra socialinių santykių, kuriuos reikia reguliuoti, diferenciacijos tikimybė. Teritorinę teisinės tvarkos diferenciaciją reikia skirti nuo vien personalinės tos teisinės tvarkos diferenciacijos. Galima išleisti visoje teritorijoje galiojančias skirtingo turinio teisės normas individams, kurie skiriasi savo kalba, religija, rase, lytimi arba profesija. Jeigu šiuo atveju kalbame apie valstybės „padalijimą", tai šis „padalijimas" remiasi personaliniu, o ne teritoriniu principu.

Iš to, kas pasakyta, matyti, kad centralizacijos ir decentralizacijos problema – tai pirmiausia teisinės tvarkos normų teritorinės galiojimo srities problema. Tačiau, antra, šis statinis erdvinės normų galiojimo srities aspektas papildomas dinaminiu elementu, kuris nuo pirmojo visiškai skiriasi ir nepriklauso, tačiau tada, kai kalbama apie centralizaciją ir decentralizaciją, vis dar yra su juo suplakamas. Pagal pirmąjį požiūrį į galiojančias normas žvelgiama kreipiant dėmesį tik į jų galiojimo teritorines sritis, o pagal antrąjį požiūrį dėmesys telkiamas į šių normų kūrimo metodą, t. y. į normų kūrimo aktą, tad ir į normų kūrimo organus. Brėžiamas skirtumas, ar visoje teritorijoje arba jos dalyse galiojančias normas sukuria vienas organas, ar jų daugetas. Nors nepriklausomai nuo to, ar normas kuria vienas organas, ar keli organai, yra galima ir centralizuota, ir decentralizuota teisinė bendruomenė (statine prasme), tačiau su „centralizacija" paprastai yra siejama tokia normų (galiojančių visoje teritorijoje) samprata, pagal kurią jas kuria vienas organas, nelyginant koks bendruomenės centras, tarsi fiziškai įsitvirtinęs jos viduryje, o su „de-

centralizacija" siejama organų daugeto samprata, kai šie yra ne sutelkti centre, bet pasklidę po visą teritoriją ir kiekvienas yra įgalintas kurti normas, galiojančias tik kurioje nors vienoje teritorijos dalyje.

Pažymėtina, kad šia dinamine prasme centralizuotas arba decentralizuotas gali būti ne tik teisės normų kūrimas, bet ir jų taikymas, tiesą sakant, visos teisinės tvarkos nustatytos funkcijos, t. y. jas gali vykdyti vienas arba keli organai. Centralizacija dinamine prasme savo aukščiausią laipsnį pasiekia tada, kai visas funkcijas vykdo vienas organas, ypač tada, kai visas teisinės tvarkos normas, bendrąsias ir individualiąsias, kuria ir taiko tas pats individas. Decentralizacija dinamine prasme savo aukščiausią laipsnį pasiekia tada, kai visas funkcijas gali vykdyti bet kuris tai teisinei tvarkai pavaldus individas. Abu šie atvejai – tik idealūs ribiniai atvejai, nepasitaikantys socialinėje tikrovėje.

e) Teisės ir valstybės dualizmo panaikinimas

Pripažinus, kad valstybė, kaip žmonių elgesio tvarka, yra santykinai centralizuota prievartinė tvarka ir kad valstybė, kaip juridinis asmuo, yra šios prievartinės tvarkos personifikacija, pašalinamas valstybės ir teisės dualizmas kaip vienas iš tų sudvejinimų, kurie atsiranda pažinimui hipostazuojant savo objekto vienovę (tokią vienovę išreiškia juridinio „asmens" sąvoka). Valstybės kaip asmens ir teisinės tvarkos dualizmas, žvelgiant į jį iš epistemologijos taško, yra analogiškas tokiam pat prieštaringam teologiniam Dievo ir pasaulio dualizmui[116]. Kaip teologija valią ir galią tvirtina esant Dievo esme, lygiai taip pat ir teisės bei valstybės teorija valią ir galią laiko valstybės esme. Kaip teologija teigia Dievo transcendentalumą pasauliui ir kartu jo imanentiškumą pasauliui, lygiai taip pat ir dualistinė teisės ir valstybės teorija teigia valstybės transcendentalumą teisei (valstybės metateisinę būtį) ir kartu jos imanentiškumą teisei. Kaip inkarnacijos mite pasaulį sutvėręs Dievas turi ateiti į šį pasaulį, turi paklusti pasaulio dėsniams (t. y. gamtos tvarkai), turi gimti, kentėti ir numirti, lygiai taip pat ir valstybė jos įsipareigojimo doktrinoje turi pajungti save tai teisei, kurią pati ši valstybė ir sukūrė. Ir kaip kelią tikrajam gamtos mokslui atveria panteizmas, tapatinantis Dievą su pasauliu (t. y. su gamtos tvarka), lygiai taip pat ir teisės bei valstybės tapatinimas (pripažinimas, kad valstybė yra teisinė tvarka) yra tikrojo teisės mokslo pamatinė prielaida. Jeigu suvokiamas valstybės ir teisės tapatumas, jeigu pripažįstama, kad teisė – pozityvioji teisė, o ne su teisingumu tapatinama teisė – ir *yra* būtent toji prievartinė tvarka, kurios pavidalu valstybė atsiskleidžia pažinimui, neužliūliuotam antropomorfinių metaforų ir per personifikacijos šydą prasiskverbiančiam iki žmonių sukurtų normų, tada jau tiesiog neįmanoma valstybės grįsti teise, lygiai taip pat, kaip teise neįmanoma grįsti ir teisės, nebent vienu atveju šis žodis būtų vartojamas taip, kad reikštų pozityviąją teisę, o kitu jis reikštų „teisingą" teisę, t. y. teisingumą. O tada mėginimas valstybę legitimuoti kaip teisinę, kaip *Rechtsstaat*, atsiskleidžia kaip visiškai bergždžias, nes, kaip jau sakėme, kiekviena valstybė yra „teisinė" ta prasme, kad kiek-

[116] Plg. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. Aufl. (Tübingen, 1928), p. 205 ff.

viena valstybė yra teisinė tvarka. Tačiau tai nėra joks politinis vertinimas. Jau minėtas *Rechtsstaat* sampratos susiaurinimas iki valstybės, atitinkančios demokratijos ir teisinio saugumo reikalavimus, remiasi prielaida, kad tik tokia prievartinė tvarka laikytina „tikra“ teisine tvarka. Tačiau tokia prielaida – tai prigimtine teise grindžiamas prietaras. Santykinai centralizuota autokratinė prievartinė tvarka, kuri (jeigu jos lankstumas neribotas) neteikia jokio teisinio saugumo, taip pat yra teisinė tvarka, o tiek, kiek tarp tvarkos ir bendruomenės yra įžvelgiamas skirtumas, tokios prievartinės tvarkos konstituojama bendruomenė yra teisinė bendruomenė, vadinasi, valstybė. Nuoseklaus teisinio pozityvizmo požiūriu teisės, kaip ir valstybės, negalima suvokti kitaip, kaip prievartinės žmonių elgesio tvarkos. Šis apibrėžimas nieko nesako apie pozityviosios teisės moralinę vertę arba teisingumą. Taigi teisiškai valstybės negalima suvokti nei kaip kažko daugiau, nei kaip kažko mažiau už teisę.

Šis kritinis valstybės ir teisės dualizmo panaikinimas – tai kartu ir pats radikaliausias vienos iš veiksmingiausių legitimumo ideologijų sunaikinimas; iš čia ir tas įnirtingas pasipriešinimas, kurį Grynosios Teisės Teorijos suformuotai valstybės ir teisės tapatumo doktrinai rodo tradicinė teisės ir valstybės teorija.

VII. VALSTYBĖ IR TARPTAUTINĖ TEISĖ

42. TARPTAUTINĖS TEISĖS ESMĖ

a) Teisinė tarptautinės teisės prigimtis

Pagal tradicinį apibrėžimą tarptautinė teisė yra valstybių (ypatingų tarptautinės teisės subjektų) elgesį viena kitos atžvilgiu reguliuojančių normų kompleksas. Toliau aptarsime, ką reiškia teiginys, kad tarptautinės teisės subjektai yra valstybės, ir ar tiesa tai, kad tik valstybės yra tarptautinės teisės subjektai. Čia atsakysime ir į klausimą, ar tarptautinė teisė yra „teisė“ ta pačia prasme kaip ir nacionalinė teisė, taigi ar ji gali būti teisės mokslo objektu.

Pagal mūsų nusistatytą teisės apibrėžimą vadinamoji tarptautinė teisė yra „teisė“, jeigu ji yra prievartinė tvarka, t. y. tam tikra visuma normų, tam tikrus faktus kaip deliktus, kuriuos ši tvarka apibrėžia kaip priežastis, susiejančių su prievartos aktais (sankcijomis) kaip pasekmėmis ir šitaip reguliuojančių žmonių elgesį, vadinasi, jeigu ją galima aprašyti teiginiais, kuriuos, kitaip nei teisės *normas*, galima pavadinti „teisės taisyklėmis“.

Toliau bus parodyta, kad tarptautinė teisė, net reguliuodama valstybių elgesį, reguliuoja žmonių elgesį. O kol kas tenorime atsakyti į klausimą, ar tarptautinė teisė valstybių elgesį reguliuoja tuo atžvilgiu, kad ji reaguoja į tam tikrą elgesį kaip deliktą, kaip delikto pasekmę nustatydama sankciją. Tad lemiamas klausimas yra štai koks: ar tarptautinė teisė nustato prievartos aktus kaip sankcijas?

Specifinės tarptautinės teisės sankcijos – tai represalijos ir karas. Nesunku parodyti, kad dėl represalijų ši prielaida teisinga. Juk vienas iš bendrosios tarptautinės teisės principų yra tas, kad valstybė, mananti, jog kita valstybė pažeidė jos interesus, yra įgalinta imtis represalijų prieš už šį pažeidimą atsakančią valstybę. „Represalija“ yra kišimasis (įprastomis aplinkybėmis tarptautinės teisės draudžiamas) į valstybės interesų sritį; tai kišimasis, vykstantis be tos valstybės valios ir prieš ją, ir šiuo atveju jis yra prievartos aktas, net jeigu vykdomas nevartojant fizinės jėgos (t. y. ginklo jėgos) prieš tokią valstybę, kuri nesipriešina. Tačiau fizinės jėgos pavartojimas neatmetamas. Jeigu reikia, represalijas galima vykdyti ginkluota jėga. Bet toks prievartos aktas represalija yra tik tol, kol ginkluotųjų pajėgų veiksmai (dėl savo intensyvumo ir masto) netampa karu.

Tarp ginkluotos represalijos ir karo – tik laipsnio skirtumas. Represalija apsiriboja tam tikrų interesų pažeidimu, karas yra neribotas kišimasis į kitos valstybės interesų sritį. „Ka-

ras" suprantamas kaip ginkluota vienos valstybės akcija prieš kitą, net jeigu nėra panašios reakcijos, t. y. kontrkaro[117]. Kadangi represalijos leidžiamos tik kaip reakcija į tai, kad viena valstybė pažeidė kitos interesus, tai savo pobūdžiu jos yra sankcijos, o represalijas lemiantis interesų pažeidimas savo požiūriu yra tarptautinės teisės pažeidimas, t. y. tarptautinis deliktas. Šitaip tarptautinė teisė gina tam tikrus (ne visus galimus) jai pavaldžių valstybių interesus. Bendrosios tarptautinės teisės ginami valstybių interesai kaip tik ir yra tie, prieš kurių pažeidimą tarptautinė teisė valstybę įgalina imtis represalijų. Ribotas kišimasis į kitos valstybės interesų sritį pats yra tarptautinis deliktas, nebent jis būtų reakcija į teisės pažeidimą (t. y. represalija). Tad kišimasis yra arba sankcija, arba deliktas.

Ar tas pats pasakytina apie karu vadinamą neribotą kišimąsi į kitos valstybės interesų sritį? Čia esama dviejų priešingų požiūrių. Pirmuoju, pagal bendrąją tarptautinę teisę, karas nėra nei deliktas, nei sankcija, todėl bet kuri valstybė bet kokiais sumetimais gali pradėti karą ir nepažeisti tarptautinės teisės. Antruoju, net pagal bendrąją tarptautinę teisę, karas leistinas tik kaip reakcija į tarptautinės teisės pažeidimą. Karas, kaip ir represalija, pats yra deliktas, nebent jis būtų sankcija. Tai yra vadinamasis *bellum iustum* principas.

Požiūriu, kad šis principas yra pozityviosios tarptautinės teisės elementas, buvo grindžiamos taikos sutartys, užbaigusios Pirmąjį pasaulinį karą, tarp jų – ir Tautų sąjungos įstatai. O paskui šis principas tapo neabejotinu dviejų svarbių sutarčių – Briando–Kellogo pakto ir Jungtinių Tautų chartijos – turiniu. Prie pirmojo prisijungė beveik visos valstybės, o antroji šiuo požiūriu pretenduoja galioti visoms pasaulio valstybėms.

Šių faktų akivaizdoje vargu ar šiandien dar galima sakyti, kad pagal galiojančią tarptautinę teisę (nebent ji įpareigotų kitaip) valstybė bet kokiais sumetimais gali pradėti karą prieš bet kurią kitą valstybę ir nepažeisti tarptautinės teisės; kitaip tariant, vargu ar šiandien įmanoma paneigti bendrą *bellum iustum* principo galiojimą[118]. Tad prielaida, kad karas, kaip ir represalijos, yra tarptautinės teisės sankcija, turi tvirtą pagrindą.

Šios sankcijos, kaip ir nacionalinės teisinės tvarkos sankcijos, yra gyvybės, laisvės ir kitokių gėrybių, pirmiausia ekonominių, priverstinis atėmimas. Kare žmonės žudomi, luošinami, įkalinami, naikinama valstybinė ir privati nuosavybė; represalijomis yra konfiskuojamas valstybės arba privatus turtas ir pažeidžiamos kitos juridinės teisės. Savo turiniu šios tarptautinės teisės sankcijos nesiskiria nuo nacionalinės teisės sankcijų. Bet sakoma, kad jos yra „nukreiptos prieš valstybę". Jeigu karas ir represalijos savo pobūdžiu yra sankcijos ir jeigu šios sankcijos yra aprašomos kaip nukreiptos prieš valstybę, nors tiesiogiai jos yra nukreiptos prieš žmones, t. y. jeigu sankcijų patyrimas priskiriamas valstybei, tai šiuo priskyrimu išreiškiama idėja, kad sankcijas patyrę žmonės „priklauso" valstybei, t. y. jie yra pavaldūs teisinei tvarkai, kurios personifikacija yra valstybė kaip tarptautinės teisės subjektas, taigi ir tarptautinio delikto, kaip sankcijos sąlygos, subjektas.

[117] Plg. Hans Kelsen, *Principles of International Law* (New York, 1952), p. 25 ff.
[118] Ibid., p. 33 ff.

b) Tarptautinė teisė kaip pirmykštė teisinė tvarka

Tarptautinė teisė, kaip prievartinė tvarka, yra tokio pat pobūdžio, kaip ir nacionalinė teisė, *t. y.* valstybės teisė, bet nuo jos skiriasi ir yra kažkiek panaši į pirmykštės, *t. y.* bevalstybės, visuomenės teisę tuo atžvilgiu, kad tarptautinė teisė (kaip bendroji teisė, saistanti visas valstybes) nesukuria specialių organų jos normoms kurti ir taikyti. Ji vis dar yra didžiai decentralizuota. Ji vis dar yra tos raidos, kurią nacionalinė teisė jau baigė, pradžioje. Bendrosios normos kuriamos papročiais arba sutartimis, o tai reiškia, kad jas kuria patys tos bendruomenės nariai, o ne specializuoti įstatymų leidybos organai. Tas pats pasakytina apie bendrųjų normų taikymą konkrečiu atveju. Nuspręsti, ar esama delikto, už kurį atsako kita valstybė, turi pati valstybė, mananti, kad jos teisės buvo pažeistos. O jeigu minėta kita valstybė neigia padarytą deliktą ir jeigu negalima pasiekti jokio susitarimo tarp šių abiejų šalių, tai nėra jokio objektyvaus autoriteto, kuris turėtų kompetenciją, vadovaudamasis teisiškai sureguliuota procedūra, šį konfliktą išspręsti. Juk buvo pažeistos būtent valstybės teisės ir būtent ji yra įgalinta reaguoti į pažeidimą griebdamasi represalijų arba karo, kaip tarptautinės teisės numatytų prievartos aktų. Vyrauja pirmykštei teisei būdingas metodas – savigalba.

c) Tarptautinės teisės hierarchija

Tarptautinę teisę sudaro normos, iš pradžių sukurtos papročiu, t. y. nacionalinių valstybių aktais, arba, formuluojant tiksliau, valstybės organų, kuriuos nacionalinės teisinės tvarkos įgalina reguliuoti tarpvalstybinius santykius. Tai yra „bendrosios“ tarptautinės teisės normos, nes pareigas ir teises jos sukuria visoms valstybėms. Iš šių normų viena yra ypač svarbi – toji, kuri žinoma kaip *pacta sunt servanda* principas. Ji įgalina valstybes, kaip tarptautinės bendruomenės subjektus, sutartimis reguliuoti savo elgesį viena kitos atžvilgiu, t. y. jų pačių organų ir piliečių elgesį kitų valstybių organų ir piliečių atžvilgiu. Dviejų arba kelių valstybių įgalintų organų susitarimu sukuriamos normos, kurios susitariančiosioms šalims sukuria pareigas ir suteikia teises. Tokia sutartimis sukurta tarptautinė teisė, kokia galioja šiandien, yra (išskyrus tam tikras išimtis) ne bendro, o tik partikuliaraus pobūdžio; jos normos galioja ne visoms valstybėms, o tik dviem valstybėms arba tam tikrai didesnei ar mažesnei jų grupei; jos konstituoja tik dalines bendruomenes. Pažymėtina, kad sutartimis kuriama partikuliarinė tarptautinė teisė ir bendroji tarptautinė paprotinė teisė nelaikytinos to paties lygmens normomis. Kadangi vienos grupės normų pagrindas yra tokia norma, kuri priklauso kitai normų grupei, tai jųdviejų tarpusavio santykis yra aukštesnio ir žemesnio hierarchijos lygmens santykis. O jeigu dar atsižvelgiame į normas, kurias kuria tarptautiniai teismai bei kiti sutartimis įsteigti tarptautiniai organai, tai tarptautinės teisės struktūroje atsiranda dar ir trečias lygmuo. Juk tokio organo funkcija pati yra grindžiama tarptautine sutartimi, t. y. tarptautinės teisės antrojo lygmens norma. Kadangi šis antrasis lygmuo, t. y. tarptautinėmis sutartimis kuriama tarptautinė teisė, yra grindžiamas bendrosios paprotinės tarptautinės teisės norma (aukščiausiu lygmeniu), tai preziumuojama pamatinė tarptautinės teisės norma turi būti toji norma, kuri valstybių elgesio viena kitos atžvilgiu konstituojamą paprotį įtvirtina kaip teisėkūros faktą.

d) Netiesioginis įpareigojimas ir įgalinimas tarptautinėje teisėje

Tarptautinė teisė valstybes įpareigoja ir įgalina. Ji įpareigoja valstybes elgtis tam tikru būdu, priešingą elgesį susiedama su „sankcijomis“ (represalijomis arba karu); šitaip tarptautinė teisė tokį elgesį uždraudžia kaip deliktą ir reikalauja priešingo elgesio. Deliktai nėra su sankcijomis susiejami taip, kad tam tikri deliktai būtų susiję su viena sankcijų rūšimi, o kiti deliktai – su kita sankcijų rūšimi: valstybė, kurios teisės pažeidžiamos, gali pasirinkti vieną iš dviejų. Be to, nukentėjusioji valstybė pagal bendrąją tarptautinę teisę yra ne įpareigota, o tik įgalinta į pažeidimą reaguoti sankcija. Vienos valstybės teisę, kuri yra kitos valstybės pareigos atspindys, pastiprina įgalinimas vykdyti tarptautinės teisės nustatytas sankcijas prieš savo pareigą pažeidusią valstybę. Taip konstituojama nukentėjusiosios valstybės subjektinė teisė (specifine technine prasme).

Nuo subjektinės teisės privatinėje teisėje ši teisė skiriasi tuo, kad sankcijos neprivalo būti skiriamos teismo sprendimu ir jų neprivalo vykdyti specialus organas; todėl nukentėjusioji valstybė neturi teisinės galios inicijuoti į sankciją nukreipto teisinio proceso, tačiau ji turi teisinę galią pati nuspręsti, kad tuo konkrečiu atveju prieš kitą valstybę nukreiptina sankcija, ir pati tą sankciją vykdyti.

Tai nereiškia, kaip kartais manoma, kad tarptautinė teisė neįpareigoja arba neįgalina individų. Kadangi visa teisė iš esmės reguliuoja žmonių elgesį, tai ir teisinės pareigos, ir juridinės teisės turinys negali būti niekas kita, kaip tik žmonių elgesys, o šis negali būti niekas kita, kaip tik atskirų žmonių elgesys. Tai, kad tarptautinė teisė įpareigoja arba įgalina valstybes, reiškia tik viena: kitaip, nei nacionalinė teisinė tvarka, individus ji įpareigoja arba įgalina ne tiesiogiai, bet – tarpininkaujant nacionalinei teisinei tvarkai (kurios personifikacija yra „valstybė“) – netiesiogiai. Šis tarptautinės teisės valstybei duodamas įpareigojimas arba įgalinimas yra tokio pat pobūdžio, kaip ir įpareigojimas arba įgalinimas, nacionalinės teisinės tvarkos duodamas korporacijai kaip juridiniam asmeniui. Valstybė yra juridinis asmuo, o tarptautinės teisės normos, įpareigojančios arba įgalinančios valstybę kaip juridinį asmenį, yra nebaigtinės. Jos apibrėžia tik materialųjį, o ne personalinį žmonių elgesio, kuris neišvengiamai yra jų turinys, elementą. Jos apibrėžia tik tai, *ką* privalu daryti arba *ko* privalu nedaryti, o ne *kas* (kuris žmogus) turi atlikti nurodytą veiksmą arba nuo jo susilaikyti. Jį identifikuoti tarptautinė teisė palieka nacionalinei teisinei tvarkai. Šio individo elgesys, kurį tarptautinė teisė įsako arba draudžia ir kuriuo atliekama arba pažeidžiama tarptautinės teisės nustatyta pareiga, yra priskiriamas valstybei, t. y. jis siejamas su nacionalinės teisinės tvarkos vienove tiek, kiek nacionalinė teisinė tvarka apibrėžia kaip individo, veikiančio kaip specialus valstybės organas, funkciją. Tas pats pasakytina apie tą elgesį, kuris apima naudojimąsi teise bei įgalinimą reaguoti represalijomis arba karu į pareigos, kurios atspindys yra ši teisė, nevykdymą. Tarptautinės teisės draudžiamą elgesį priskirti valstybei, t. y. daryti prielaidą, kad valstybė gali padaryti tarptautinį deliktą, nesunku. Nacionalinė teisinė tvarka kuo puikiausiai gali įgalinti arba net įpareigoti valstybės organą elgtis taip, kad šis elgesys būtų toks, kokį tarptautinė teisė susieja su sankcija, taigi toks, koks savo pobūdžiu yra tarptautinis deliktas.

Kaip jau sakyta, teiginys, kad represalijos ir karas, kaip tarptautinės teisės sankcijos, yra nukreiptos prieš valstybę, reiškia, jog šių sankcijų, kaip blogybės, patyrimas (iš tikrųjų jas patiria visi tai valstybei priklausantys asmenys) yra priskiriamas „tai valstybei kaip asmeniui". Tačiau šią situaciją galima aprašyti realistiškiau, nesigriebiant šio fiktyvaus priskyrimo. Kadangi tarptautinius deliktus, kurie yra sankcijų sąlygos, daro žmonės, funkcionuojantys kaip savųjų valstybių valdžia, o sankcijos yra nukreiptos ne prieš juos, bet prieš kitus žmones, tai teiginį, kad sankcijos yra „nukreiptos prieš valstybę", galima interpretuoti taip: tarptautinės teisės nustatytos sankcijos (represalijos ir karas) yra kolektyvinė valstybės narių atsakomybė už valdžios padarytus tarptautinius deliktus[119].

Ši kolektyvinė atsakomybė – tai absoliuti atsakomybė, arba atsakomybė be kaltės, nes tas elgesys, kuris yra tarptautinis deliktas, nėra tų individų, prieš kuriuos yra nukreipiama sankcija, elgesys, taigi ir dėl šio delikto atsiradusį interesų pažeidimą sukelia ne šie individai – nei tyčia, nei dėl neatsargumo.

Be to, ši kolektyvinė atsakomybė bendrąją tarptautinę teisę supanašina su pirmykštės bendruomenės teise.

Pagal bendrąją tarptautinę teisę karo veiksmai turi būti nukreipti tik prieš ginkluotųjų pajėgų narius, kurie yra valstybės organai. Jų patyrimą priskiriant valstybei taip pat gali būti reiškiama idėja, kad karo veiksmai yra nukreipti prieš valstybės organus. Bet nėra atmestina, kad iš tikrųjų karo veiksmai paliečia ir tuos žmones, kurie nėra ginkluotųjų pajėgų nariai; dabartiniame karo technikos raidos etape to jau negalima išvengti.

Tarptautinės teisės ypatumo, kad ji „įpareigoja ir įgalina tik valstybes" ir kad „tarptautinės teisės subjektai yra tik valstybės", teisinę prasmę visiškai išreiškia šis teiginys: tarptautinė teisė nacionalinėms teisinėms tvarkoms deleguoja uždavinį identifikuoti individus, kurių elgesiu yra vykdomos arba pažeidžiamos tarptautinės teisės nustatytos pareigos ir yra naudojamasi tarptautinės teisės nustatytomis teisėmis. Šiuo teiginiu nepasakoma nieko daugiau, kaip tik tai, kad tarptautinė teisė netiesiogiai įpareigoja ir įgalina individą.

Tačiau šis tarptautinei teisei būdingas netiesioginis individų įpareigojimas ir įgalinimas – tai taisyklė, turinti svarbių išimčių ir bendrojoje, ir partikuliarinėje tarptautinėje teisėje. Kai kuriais atvejais tarptautinės teisės norma tam tikrą individą įpareigoja tiesiogiai – tai tokie atvejai, kai tarptautinė teisė apibrėžia ne tik tai, *ką* privalu daryti arba *ko* privalu nedaryti, bet ir kuris žmogus privalo taip elgtis. Tokiais atvejais individai tiesiogiai pasirodo kaip tarptautinės teisės subjektai.

Jeigu tarptautinė teisė individus įpareigoja tiesiogiai, tai tokia pareiga nėra sukuriama individo elgesį susiejant su specifinėmis tarptautinės teisės sankcijomis (represalijomis ir karu). Individams tiesiogiai nustatomas pareigas konstituoja nacionalinei teisei būdingos

[119] Toks priskyrimas itin būdingas pilietinio karo atveju. Sukilėliai nesakys, kad jų karo veiksmai yra nukreipti prieš valstybę, – jie nukreipti tik prieš esamą vyriausybę; vadinasi, žmonėms užkraunamos blogybės patyrimą jie priskiria ne valstybei. Bet vyriausybė, prieš kurią, sukilėlių teigimu, yra nukreiptas revoliucinis veiksmas ir kuri (kol ji efektyviai kontroliuoja jai pavaldžius individus) yra legitimi tai valstybei atstovaujanti vyriausybė, šiuos aktus apibūdins taip, kaip jie vadinami kai kuriuose baudžiamuosiuose įstatymuose – kaip „priešiškus valstybei", t. y. kaip nukreiptus prieš valstybę.

sankcijos, būtent bausmė ir civilinis išieškojimas. Apibrėžti ir vykdyti šias sankcijas tarptautinė teisė gali palikti nacionalinei teisinei tvarkai, kaip antai tokio tarptautinio delikto, kaip piratavimas, atveju. Arba sankcijas gali apibrėžti tarptautinė sutartis, o jas taikyti konkrečiais atvejais galima pavesti tarptautine sutartimi įsteigtam tarptautiniam teismui; taip buvo, pavyzdžiui, persekiojant karo nusikaltėlius pagal 1945 m. rugpjūčio 8 d. Londono sutartį.

Tiek, kiek tarptautinė teisė įsiskverbia į sritis, ligi tol buvusias išimtinai nacionalinės teisės domenu, jai būdinga tiesioginio individų įpareigojimo ir įgalinimo tendencija stiprėja. Tiek pat ir kolektyvinę bei absoliučią atsakomybę keičia individuali atsakomybė bei atsakomybė už kaltę. Šį vyksmą atitinka teisės normų kūrimo ir taikymo centrinių organų sukūrimas – procesas, kol kas matomas tik tam tikrose tarptautinėse bendruomenėse. Ši centralizacija pirmiausia siejasi su jurisdikcija; ja siekiama suformuoti tarptautinius teismus. Šiuo požiūriu tarptautinės teisės evoliucija primena nacionalinės teisės evoliuciją. Ir čia centralizacija prasidėjo nuo tribunolų sukūrimo.

43. TARPTAUTINĖ TEISĖ IR NACIONALINĖ TEISĖ

a) Tarptautinės ir nacionalinės teisės vienovė

Visas aprašytasis teisinės technikos kitimas turi (kaip pastaruoju nagrinėtu atveju) tendenciją ištrinti ribą tarp tarptautinės ir nacionalinės teisės, tad paaiškėja, kad galutinis teisės raidos vis didėjančios centralizacijos link tikslas yra organizacinė visuotinės teisinės bendruomenės vienovė, t. y. pasaulinės valstybės atsiradimas. Tačiau šiuo metu dar nėra nieko panašaus. Visos teisės vienovę galime teigti tik savajame teisės pažinime, parodydami, kad tarptautinę teisę galime suvokti kartu su nacionaline teise – kaip vieną normų sistemą, lygiai taip pat, kaip nacionalinę teisę esame įpratę suvokti kaip tam tikrą vienetą.

Tradicinė teorija, priešingai, tarptautinę ir nacionalinę teisę mato kaip dvi skirtingas, vieną nuo kitos nepriklausomas, izoliuotas normų sistemas, grindžiamas dviem skirtingomis pamatinėmis normomis. Jeigu ir tarptautinės teisės normos, ir nacionalinių teisinių tvarkų normos laikytinos vienu metu galiojančiomis teisės normomis, tai šis dualistinis – arba, tiksliau, „pliuralistinis“ (atsižvelgiant į nacionalinių teisinių tvarkų daugybiškumą) – konstruktas yra nepagrindžiamas. Šis požiūris jau implikuoja epistemologinį postulatą: visą teisę reikia suprasti kaip vieną sistemą, t. y. į ją reikia žvelgti iš to paties taško kaip į vieną uždarą visumą. Tarptautine teise vadinamas normas, reguliuojančias valstybių santykius, ir nacionalinių teisinių tvarkų normas jurisprudencija apima ta pačia teisės kategorija. Taip ji siekia savo objektą pateikti kaip vienovę. Negatyvus šios vienovės kriterijus yra prieštaravimo joje nebuvimas. Šis loginis principas galioja ir normų pasaulio pažinimui. Normatyvinės tvarkos neįmanoma aprašyti teigiant, esą galioja norma „*a* privalo būti“ ir kartu – „*a* privalo nebūti“. Apibrėžiant tarptautinės ir nacionalinės teisės

santykį visų svarbiausia yra atsakyti į klausimą, ar tarp šių dviejų normų sistemų yra galima neišsprendžiama konkurencija. Ir tik į šį klausimą atsakius teigiamai tarptautinės ir nacionalinės teisės vienovė būtų neįmanoma. Tokiu atveju išties būtų galimas tik dualistinis arba pliuralistinis tarptautinės ir nacionalinės teisės santykio konstruktas. Tačiau jeigu taip būtų, negalėtume sakyti, kad abi jos galioja vienu metu. Tai rodo teisės ir moralės santykis. Čia iš tikrųjų galima tokia konkurencija, pavyzdžiui, jeigu tam tikra moralinė tvarka bet kokiomis aplinkybėmis draudžia atimti žmogui gyvybę, tuo tarpu pozityvioji teisinė tvarka numato mirties bausmę ir įgalina vyriausybę tarptautinės teisės numatytomis sąlygomis kariauti. Esant šiai dilemai individas, teisę laikantis galiojančių normų sistema, moralės turi nelaikyti tokia sistema, o individas, galiojančių normų sistema laikantis moralę, tokia sistema turi nelaikyti teisės. Tai išreiškiama sakant: moralės požiūriu mirties bausmė ir karas yra draudžiami, bet teisės požiūriu abu šie dalykai yra įsakyti arba bent leidžiami. Tačiau šis pasakymas reiškia tik tai, kad nėra tokio požiūrio, kuriuo ir moralę, ir teisę vienu metu būtų galima laikyti galiojančiomis normatyvinėmis tvarkomis. Negalima tarnauti dviem ponams.

Jeigu tarp tarptautinės ir nacionalinės teisės būtų neišsprendžiama konkurencija ir, vadinasi, jeigu dualistinio konstrukto nebūtų galima išvengti, tai tarptautinės teisės nebūtų galima laikyti „teise“ ir net tokia saistančia normatyvine tvarka, kuri galioja kartu su nacionaline teise (darant prielaidą, kad ši yra laikoma galiojančių normų sistema). Atitinkamus santykius būtų galima interpretuoti tik nacionalinės teisinės tvarkos požiūriu arba tarptautinės teisinės tvarkos požiūriu. Jeigu tokią prielaidą darytų teorija, tikinti, kad tarp tarptautinės ir nacionalinės teisės esama neišsprendžiamos konkurencijos, ir į tarptautinę teisę žvelgianti ne kaip į „teisę“, o tik kaip į tarptautinės moralės atmainą, jai nebūtų galima niekaip logiškai prieštarauti. Bet dauguma dualistinės teorijos atstovų jaučia turį pareigą ir tarptautinę, ir nacionalinę teisę traktuoti kaip galiojančias teisines tvarkas, kurios galioja nepriklausomai viena nuo kitos, ir galinčias viena su kita konkuruoti. Tačiau tokia teorija yra nepagrindžiama.

b) Tarptautinės ir nacionalinės teisės nekonkuravimas

Požiūris, kad nacionalinė ir tarptautinė teisė yra dvi skirtingos teisinės tvarkos, galiojančios nepriklausomai viena nuo kitos, paprastai grindžiamas tuo, kad tarp jų esama neišsprendžiamos konkurencijos. Tačiau nagrinėjant atidžiau paaiškėja, kad tai, kas laikoma tarptautinės teisės normų ir nacionalinės teisės normų konkurencija, apskritai nėra normų konkurencija, kad šią situaciją galima aprašyti teisės taisyklėmis, kurios niekaip neprieštarauja viena kitai.

Tokia konkurencija pirmiausia įžvelgiama toje aplinkybėje, kad nacionalinė teisė gali konkuruoti su tarptautine sutartimi. Pavyzdžiui, valstybė sutartimi gali būti įpareigota mažumų nariams suteikti tokias pat politines teises, kaip ir daugumos nariams, bet nacionalinis įstatymas iš mažumos narių politines teises atima – tačiau šis kontrastas nedaro jokio poveikio nei sutarties, nei įstatymo galiojimui. Ši situacija yra visiškai ana-

logiška situacijai pačioje valstybės teisėje, šiuo atžvilgiu visiškai nekeliančiai abejonės dėl jos vienovės. Vadinamasis antikonstitucinis įstatymas – tai taip pat galiojantis įstatymas, ir jis lieka toks, ir dėl jo nereikia sustabdyti konstitucijos galiojimo arba jos pakeisti. Vadinamasis neteisėtas sprendimas taip pat yra galiojanti norma, ir jis lieka galioti tol, kol jo galiojimas nėra panaikinamas kitu sprendimu. Anksčiau buvo parodyta, jog normos prieštaravimas normai nereiškia, kad esama žemesnio lygmens normos ir aukštesnio lygmens normos konkurencijos, – jis reiškia tik tai, kad žemesnės normos galiojimą galima panaikinti arba kad galima nubausti už ją atsakantį organą. Ypač pažymėtina, kad aktas, kuriuo sukuriama „normai priešinga norma“, gali būti deliktas, su kuriuo teisinė tvarka gali susieti tam tikras sankcijas. Iš to, kas pasakyta, išplaukia, kad deliktas nėra teisės neigimas (kaip rodo vokiečių kalbos terminas *Un-recht*), t. y. kažkas, kas yra ne „teisė“, o tik sąlyga, su kuria teisė susieja tam tikras pasekmes; kitaip tariant, tarp teisės ir delikto nėra jokio prieštaravimo. Ta aplinkybė, kad galiojančią teisės normą galima sukurti aktu, kuris savo pobūdžiu yra deliktas, nekelia jokių loginių problemų. Normos sukūrimą galima sieti su sankcijomis, ir vis dėlto sukurtoji norma gali galioti, t. y. galioti ne tik tuo atžvilgiu, kad ji lieka galioti tol, kol nėra panaikinama tokiems atvejams teisinės tvarkos numatytu ypatingu teisės aktu, bet ir tuo atžvilgiu, kad jos apskritai negalima panaikinti laikantis tokios procedūros, nes teisinė tvarka specialios tokios rūšies procedūros nenumato. Būtent tokia situacija yra būdinga tarptautinės ir nacionalinės teisės santykiui. Ta aplinkybė, kad tarptautinė teisė nustato valstybei pareigą atlikti tam tikrus aktus, ypač kurti tam tikro turinio normas, reiškia tik tai, kad priešingi aktai arba priešingo turinio normų kūrimas yra sąlyga, su kuria tarptautinė teisė susieja savo sankcijas – represalijas arba karą. Bet nacionalinės teisės norma, sukurta „pažeidžiant“ tarptautinę teisę, lieka galioti net tarptautinės teisės požiūriu, nes tarptautinė teisė nenumato jokios procedūros, pagal kurią tą normą būtų galima panaikinti. Tarptautinės teisės santykis su nacionalinės teisės norma, kuri, kaip sakoma, prieštarauja tarptautinei teisei, yra toks pat, kaip ir konstitucijos, kurios nuostatose dėl pagrindinių teisių apibrėžiamas būsimų įstatymų turinys pagrindines teises pažeidžiančių ir dėl to antikonstituciniais laikomų įstatymų atžvilgiu, santykis su nacionaline teise, kai konstitucija nenumato procedūros, pagal kurią įstatymus būtų galima panaikinti dėl jų antikonstitucingumo, o tik formuluoja nuostatą, jog tam tikrus organus galima asmeniškai patraukti į teismą už jų dalyvavimą sukuriant „antikonstitucinį“ įstatymą. Tarptautinė teisė apibrėžia nacionalinės teisinės tvarkos turinį taip pat, kaip ir teisminės įstatymų konstitucingumo kontrolės nenustatanti konstitucija apibrėžia būsimų įstatymų turinį. Kitokio nei reikalaujamas turinio normų galimybė nėra atmetama, tad tokio turinio normos sukūrimas yra (tegu ir netiesiogiai) deleguojamas. Tokia norma diskvalifikuojama tik tiek, kiek jos sukūrimą kaip deliktą kvalifikuoja tarptautinė teisė, dėl šios normos galiojimo neturinti jokios išankstinės nuostatos. Tad nei šis deliktas, nei juo sukurta ir „tarptautinei teisei priešinga“ vadinama norma tarptautinei teisei logiškai neprieštarauja. Taigi ši situacija neužkerta kelio tarptautinės ir nacionalinės teisės vienovės prielaidai.

c) Dviejų normų sistemų tarpusavio santykis

Tarptautinės ir nacionalinės teisės vienovę galima suprasti dvejopai, ir jeigu abi sistemos laikomos vienu metu galiojančiomis saistančių normų sistemomis, jos abi neišvengiamai bus suvokiamos kaip *viena* sistema, kurią galima aprašyti viena kitai neprieštaraujančiomis teisės taisyklėmis.

Du dinaminio tipo normų kompleksai, tokie kaip tarptautinė teisė ir nacionalinė teisė, vieną sistemą gali sudaryti taip, kad viena tvarka subordinuojama kitai, nes vienoje iš jų esama normos, apibrėžiančios kitos normų kūrimą, tad pastarosios galiojimo pagrindas yra pirmojoje. Taigi pamatinė aukštesnės tvarkos norma yra ir žemesnės tvarkos galiojimo pagrindas. Bet šiedu normų kompleksai vieną sistemą gali sudaryti ir taip, kad abi sistemos būtų koordinuotos, t. y. kad jų galiojimo sritys būtų delimituotos viena kitos atžvilgiu. Tačiau tokia koordinacija suponuoja dar trečią, aukštesnę, tvarką, apibrėžiančią kitų dviejų kūrimą, delimituojančią jų galiojimo sritis viena kitos atžvilgiu ir šitaip jas koordinuojančią. Galiojimo srities apibrėžimas reiškia, kad tam tikrą žemesnės tvarkos turinio elementą apibrėžia aukštesnė tvarka. Kūrimo procedūros apibrėžimas gali būti tiesioginis arba netiesioginis: aukštesnė tvarka gali pati apibrėžti procedūrą, pagal kurią kuriamos žemesnės tvarkos normos, arba aukštesnė tvarka gali apsiriboti tam tikro organo įgalinimu savo paties nuožiūra kurti normas tam tikrai sričiai. Tokiu atveju kalbame apie „delegavimą", o aukštesnę ir žemesnę tvarkas siejanti normatyvinės sistemos vienovė savo pobūdžiu yra „delegavimo sąsaja". Tad aukštesnės tvarkos santykis su jos deleguotomis žemesnėmis tvarkomis tuo pat metu turi būti visuminės tvarkos santykis su ją sudarančiomis dalinėmis tvarkomis. Kadangi žemesnės sistemos galiojimo pagrindą teikianti norma yra aukštesnės tvarkos dalis, tai pirmąją galima suvokti kaip dalinę tvarką, kurią pastaroji apima kaip visuminė tvarka. Aukštesnės tvarkos, kaip aukščiausio hierarchijos lygmens, pamatinė norma – tai aukščiausias visų normų, taigi ir žemesnių tvarkų normų, galiojimo pagrindas.

Jeigu nacionalinė ir tarptautinė teisė sudaro vieną sistemą, tai jų tarpusavio santykis turi būti vienas iš čia aprašytų dviejų tipų. Tarptautinę teisę reikia suvokti arba kaip nacionalinės teisės deleguotą ir dėl to jos apimamą tvarką, arba kaip visuminę teisinę tvarką, apimančią visas nacionalines teisines tvarkas kaip dalines tvarkas, todėl už jas visas viršesnė. Abi interpretacijos – tai monistinis konstruktas. Viena jų implikuoja nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybę, kita – tarptautinės teisinės tvarkos pirmenybę.

d) Monistinio konstrukto neišvengiamumas

Valstybės suteikiamas tarptautinės teisės pripažinimas: nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybė

Kaip buvo pabrėžta, dualistinio konstrukto atstovai tarptautinę teisę laiko saistančių normų, galiojančių nepriklausomai nuo nacionalinės teisės normų, sistema. Todėl jiems tenka pareiga atsakyti į klausimą, kodėl tarptautinės teisės normos įpareigoja atskirą valsty-

bę, t. y. į klausimą dėl jų galiojimo pagrindo. Atsakinėdami į šį klausimą jie pradeda nuo savosios nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo, kurį laiko savaime akivaizdžiu. Tačiau pradėjus nuo nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo kyla klausimas, kaip žengiant iš šio išeities taško galima įrodyti tarptautinės teisės galiojimą. Tai padaroma tariant, kad bendroji tarptautinė teisė valstybei galioja tik tuo atveju, kai ši valstybė ją pripažįsta kaip saistančią, t. y. pripažįsta ją tokią, kokia ji yra susiklosčiusi iš papročio jos pripažinimo momentu. Toks pripažinimas gali įvykti eksplicitiškai, legislatūros arba vyriausybės aktu, arba implicitiškai, iš tikrųjų taikant tarptautinės teisės normas, sudarant tarptautines sutartis arba gerbiant tarptautinės teisės nustatytus imunitetus ir t. t. Kadangi šitokiu būdu tarptautinę teisę pripažįsta visos valstybės, tai iš tikrųjų tarptautinė teisė galioja visoms valstybėms. Tačiau atskirai valstybei tarptautinė teisė pradeda galioti tik ją šitaip eksplicitiškai arba implicitiškai pripažinus. Toks požiūris vyrauja anglų-amerikiečių jurisprudencijoje, ir jį patvirtina šiuolaikinių konstitucijų teiginys, kad bendroji tarptautinė teisė laikoma nacionalinės teisės dalimi; šitaip nacionalinė teisinė tvarka, kurios konstitucijoje esama tokios nuostatos, pripažįsta tarptautinę teisę ir padaro ją savo dalimi. Tarptautinės teisės pripažinimas, kai tai daro atskira valstybė, nėra pačios tarptautinės teisės nustatyta jos galiojimo tai valstybei sąlyga. Galiojanti tarptautinės teisės norma tokios sąlygos negali nustatyti, nes pačios šios normos galiojimas negali priklausyti nuo tokios sąlygos. Bet niekas neužkerta kelio teismams ir kitiems teisės taikymo organams traktuoti tarptautinę teisę kaip galiojančią jų valstybei tik tuo atveju, kai ta valstybė ją yra pripažinusi kaip saistančią. Tokio požiūrio išdava yra tai, kad tarptautinė teisė nesaisto jos nepripažinusios valstybės. Požiūris, kad tam tikrai valstybei tarptautinė teisė negalioja ir kad tos valstybės santykiai su kitomis valstybėmis nepaklūsta tarptautinei teisei, yra visiškai galimas.

Pačios tarptautinės teisės intencijos požiūriu valstybės santykiams su kita bendruomene kaip valstybe ją galima taikyti tik tuo atveju, kai yra tenkinama sąlyga, kad valstybė tą bendruomenę yra pripažinusi „valstybe“ tarptautinės teisės prasme. Šio tarptautinės teisės reikalaujamo bendruomenės pripažinimo „valstybe“ nereikia painioti su valstybės suteikiamu tarptautinės teisės pripažinimu. Jeigu atsakant į klausimą dėl tarptautinės teisės galiojimo pagrindo yra pradedama nuo savosios nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo, jeigu klausiama, kodėl tarptautinė teisė turi galioti valstybei, jau suvokiamai kaip teisinė tvarka, tai galimas tik vienas atsakymas: tam, kad tarptautinė teisė galiotų tam tikrai valstybei, ją ši valstybės turi pripažinti. Jau pačioje šio klausimo formuluotėje esama prielaidos, kad tarptautinės teisės galiojimo pagrindo reikia ieškoti nacionalinėje teisinėje tvarkoje, t. y. prielaidos, kad pirmenybė yra teiktina nacionalinei teisinei tvarkai, kad šioji yra „suvereni“ arba (tai yra tas pats) kad suvereni yra valstybė, kurios atžvilgiu yra keliamas tarptautinės teisės galiojimo klausimas.

Tariant, kad nacionalinei teisinei tvarkai teiktina pirmenybė, valstybės suverenumas yra lemiamas veiksnys. Suverenumas – tai ne jutimiškai suvokiama arba kaip nors kitaip objektyviai pažįstama realaus objekto savybė, o prezumpcija. Čia preziumuojama norma-

tyvinė tvarka kaip aukščiausia tvarka, kurios galiojimo negalima išvesti iš jokios kitos dar aukštesnės tvarkos. Į klausimą, ar valstybė yra suvereni, negalima atsakyti analizuojant gamtinę tikrovę. Suverenumas nėra realios galios maksimumas. Tos valstybės, kurios, palyginti su vadinamosiomis didžiosiomis galybėmis, turi labai mažai realios galios, yra laikomos tokiomis pat „suvereniomis" galybėmis, kaip ir didžiosios galybės. Klausimas, ar valstybė yra suvereni, tai klausimas, ar nacionalinė teisinė tvarka yra preziumuojama kaip aukščiausia. Taip yra tuo atveju, kai tarptautinė teisė laikoma ne teisine tvarka, iškilusia virš nacionalinės teisinės tvarkos, o tokia teisine tvarka, kurią deleguoja nacionalinė teisinė tvarka, kitaip tariant, jeigu tarptautinė teisė laikoma galiojančia tam tikrai valstybei tik tada, kai ši valstybė ją yra pripažinusi. Tai yra įmanoma lygiai taip pat, kaip yra įmanoma ir nacionalinę teisinę tvarką laikyti galiojančia tam tikram individui tik tuo atveju, kai jis ją yra pripažinęs. Jeigu nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo pagrindas įžvelgiamas šio individo tai tvarkai suteikiamame pripažinime, tai čia buvo pradėta nuo individo suverenumo, nuo jo laisvės, lygiai taip pat, kaip tarptautinės teisės galiojimą įžvelgiant atskiros valstybės tai tvarkai suteikiamame pripažinime yra pradedama nuo valstybės suverenumo. Juk valstybės buvimas „suverenia" reiškia tik tai, kad istoriškai pirmosios konstitucijos išleidimas yra preziumuojamas kaip teisėkūros faktas ir nesiremiama jokia pozityviąja tarptautinės teisės norma, kuri šį faktą institucionalizuotų kaip teisėkūros faktą.

Taigi tarptautinė teisė atsiskleidžia ne kaip supranacionalinė teisinė tvarka ir ne kaip nuo nacionalinės teisinės tvarkos nepriklausoma bei nuo jos izoliuota tvarka, bet kaip nacionalinės teisinės tvarkos dalis. Ji vadinama „išorine valstybės teise", tariant, kad ji reguliuoja valstybės santykius su „išore", su kitomis valstybėmis. Bet tarptautinės teisės negalima apibrėžti pagal jos normomis reguliuojamą dalyką. Kaip jau pažymėta, tarptautinė teisė reguliuoja ne tik valstybių elgesį, vadinasi, netiesiogiai – ir individų elgesį, bet ji individų elgesį reguliuoja ir tiesiogiai. Tarptautinę teisę galima apibrėžti vien pagal jos normų kūrimo būdą. Ji yra valstybių papročiais, tarptautinėmis sutartimis bei sutartimis įsteigtų tarptautinių organų sukurtų teisės normų sistema. Jeigu šitaip sukurtos normos laikomos galiojančiomis tik tada, kai nacionalinės teisinės tvarkos dalimi jos tampa jas pripažinus, jeigu jų galiojimo pagrindas galiausiai yra šios tvarkos preziumuojama pamatinė norma, tai turime tarptautinės teisės ir nacionalinės teisės vienovę, grindžiamą ne tarptautinės teisinės tvarkos pirmenybe, bet nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybe.

Dualistinis konstruktas tampa neįmanomas dėl to, kad čia neišvengiamai daroma prielaida, kad tarptautinės teisės normų galiojimas tam tikrai valstybei priklauso nuo tos valstybės šiai teisei suteikiamo pripažinimo. Juk jeigu tarptautinė teisė laikoma tik nacionalinės teisės dalimi, tai ji, kaip teisinė tvarka, negali skirtis nuo nacionalinės teisės, o jos galiojimas negali nepriklausyti nuo nacionalinės teisės galiojimo; vadinasi, tarp jųdviejų negali būti jokios konkurencijos, nes abi jos yra grindžiamos (vartojant tradicinės jurisprudencijos terminiją) tos pačios valstybės „valia".

Tarptautinės teisinės tvarkos pirmenybė

Antras tarptautinės teisės ir nacionalinės teisės vienovės pagrindimo būdas – pradėti nuo tarptautinės teisės, kaip galiojančios teisinės tvarkos. Jeigu, kaip ankstesniame aprašyme, pradėsime nuo nacionalinės tvarkos galiojimo, tai kyla klausimas, kaip galima įrodyti tarptautinės teisės galiojimą; tai galima padaryti tik tarptautinę teisę pripažįstant valstybei, kuriai tarptautinė teisė galioja. O tai reiškia, kad pirmenybė teikiama nacionalinei teisinei tvarkai. Tačiau pradėjus nuo tarptautinės teisės galiojimo kyla klausimas, kaip, žengiant iš šio išeities taško, galima įrodyti nacionalinės teisės galiojimą; tokiu atveju šios tvarkos galiojimo pagrindo reikia ieškoti tarptautinėje teisėje. Tai yra įmanoma, nes, kaip minėjome kitame kontekste[120], efektyvumo principas (kuris yra pozityviosios tarptautinės teisės norma) apibrėžia ir nacionalinių teisinių tvarkų galiojimo pagrindą, ir jų galiojimo teritorinę, personalinę bei temporalinę sritis; tad jas galima suvokti kaip tarptautinės teisės deleguotas ir todėl jai subordinuotas, kitaip tariant, suvokti kaip dalines teisines tvarkas, priklausančias universaliai pasaulinei teisinei tvarkai; vadinasi, tarptautinė teisė daro teisiškai galimą nacionalinių teisinių tvarkų koegzistavimą erdvėje ir jų seką laike. Ši tarptautinės teisės pirmenybė yra suderinama su ta aplinkybe, kad valstybės konstitucijoje gali būti maždaug tokia nuostata: bendroji tarptautinė teisė galioja kaip nacionalinės teisės dalis. Jeigu pradėtume nuo tokio tarptautinės teisės galiojimo, kuriam nereikia valstybės teikiamo pripažinimo, tai minėta konstitucinė nuostata reiškia ne tai, kad šitaip tarptautinė teisė įgyja galią tai valstybei, o tik tai, kad tarptautinė teisė (pagal bendrąją klauzulę) yra transformuojama į nacionalinę teisę. Tokios transformacijos reikia, jeigu valstybės organai, ypač jos tribunolai, yra (konstitucijos) įgalinti taikyti tik nacionalinę teisę; tad tarptautinę teisę jie gali taikyti tik tuo atveju, kai jos turinys įgyja nacionalinės teisės (įstatymo, ordonanso) formą, t. y. kai ji yra transformuojama į nacionalinę teisę. Jeigu tokia transformacija neįvyksta ir dėl to tam tikros tarptautinės teisės normos konkrečiu atveju negalima taikyti, tai (pradėjus nuo tarptautinės teisės galiojimo) nereiškia, kad ši tarptautinės teisės norma tai valstybei negalioja; tai reiškia, kad (jeigu ji nėra taikoma ir dėl to valstybė savo elgesiu pažeidžia tarptautinę teisę) valstybė atsiveria tarptautinės teisės numatytoms sankcijoms.

Kadangi tarptautinė teisė reguliuoja valstybių elgesį, ji turi apibrėžti, kas yra „valstybė“ tarptautinės teisės požiūriu: ji turi nustatyti, kokiomis sąlygomis tam tikri individai laikytini valstybės valdžia, taigi kokiomis sąlygomis prievartinė tvarka, pagal kurią jie funkcionuoja, laikytina galiojančia teisine tvarka, kokiomis sąlygomis jų aktai laikytini valstybės aktais, t. y. teisės aktais tarptautinės teisės požiūriu. Pozityvioji tarptautinė teisė nustato, kad tam tikri individai laikytini valstybės valdžia, jeigu jie yra nepriklausomi nuo kitų tos pačios rūšies organų ir geba užtikrinti, kad būtų permanentiškai paklūstama tai prievartinei tvarkai, kuria yra grindžiamos jų funkcijos, t. y. kad jai paklustų individai, kurių elgesį ši prievartinė tvarka reguliuoja, kitaip tariant, jeigu ši santykinai centralizuota ir tik tarptautinei teisei subordinuota prievartinė tvarka yra daugiau ar mažiau efek-

[120] Plg. § 34h.

tyvi nepriklausomai nuo to, kokiu būdu kaip valdžia funkcionuojantys individai pasiekė šią savo padėtį. Tai reiškia, kad šitokios prievartinės tvarkos konstituojama bendruomenė yra „valstybė“, o šią bendruomenę konstituojanti prievartinė tvarka tarptautinės teisės požiūriu yra galiojanti teisinė tvarka. Tarptautinė teisė nustato ir tai, kad valstybės teritorija (teritorinė nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo sritis) siekia taip toli, kur tik ši tvarka yra permanentiškai efektyvi, ir kad visi šioje teritorijoje gyvenantys individai (su tam tikromis tarptautinės teisės nustatytomis išimtimis) yra pavaldūs šiai, o ne kitai nacionalinei teisinei tvarkai. Pagal tarptautinę teisę valstybė, kaip prievartos aparatas, iš esmės gali funkcionuoti tik savojoje teritorijoje, t. y. teritorijoje, kurią šiai valstybei garantuoja tarptautinė teisė. Suformuluokime tai kitaip: nacionalinė teisinė tvarka turi nustatyti, kad jos specifinius prievartos aktus galima atlikti tik toje jos galiojimo srityje, kurią jai garantuoja tarptautinė teisė. Šitaip tampa teisiškai galimas daugelio valstybių (daugelio prievartinių tvarkų) koegzistavimas erdvėje. Tačiau tarptautinė teisė apibrėžia ne tik koegzistavimą erdvėje, bet ir seką laike (t. y. temporalinę nacionalinių teisinių tvarkų galiojimo sritį). Nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo pradžią ir pabaigą lemia teisinis efektyvumo principas. Šiuo požiūriu valstybės atsiradimas ir išnykimas atsiskleidžia kaip teisiniai reiškiniai, kuriuos galima palyginti su korporacijos, kaip juridinio asmens, sukūrimu ir likvidavimu nacionalinėje teisėje. Bet tarptautinė teisė taip pat yra svarbi materialiajai nacionalinės teisinės tvarkos galiojimo sričiai. Kadangi tarptautinės teisės normų, ypač tų, kurios sukuriamos tarptautinėmis sutartimis, dalykai gali būti patys įvairiausi, net ir tie, kuriuos ligi tol reguliavo vien nacionalinė teisė, tarptautinė teisė riboja materialiąją nacionalinės teisės galiojimo sritį. Nors atskiros valstybės (net pagal tarptautinę teisę) iš esmės yra kompetentingos reguliuoti bet ką, šią savo kompetenciją jos išlaiko tik tiek, kiek tam tikro dalyko nereguliuoja tarptautinė teisė, šitaip neleidžianti jo laisvai reguliuoti nacionalinei teisei. Tarus, kad tarptautinė teisė yra supranacionalinė teisinė tvarka, nacionalinė teisinė tvarka jau neturi neribotos kompetencijos (*Kompetenzhoheit*). Tačiau jos kompetenciją tarptautinė teisė tik riboja – bet tarptautinė teisė jos nesusiaurina tik iki tam tikro iš anksto apibrėžto dalyko. Tad nacionalinė valstybė atsiskleidžia kaip tokia, kurios teisinę būtį visomis kryptimis apibrėžia tarptautinė teisė, t. y. kaip tokia, kuri savo galiojimo bei galiojimo srities požiūriu yra tarptautinės teisės deleguota teisinė tvarka. Suvereni tėra tarptautinė teisinė tvarka, ne nacionalinė teisinė tvarka. Jeigu „suvereniomis“ yra vadinamos nacionalinės teisės tvarkos ir jų konstituojamos teisinės bendruomenės, t. y. valstybės, tai reiškia tik viena – kad jos yra pavaldžios tik tarptautinei teisinei tvarkai.

Galima paprieštarauti, kad atskiros valstybės negalima suvokti kaip tarptautinės teisės deleguotos tvarkos, nes valstybės (nacionalinės teisinės tvarkos) yra istoriškai pirmesnės už bendrąją tarptautinę teisę, kuri atsirado iš tarp valstybių vyraujančių papročių. Tačiau toks prieštaravimas yra grindžiamas tuo, kad istorinis faktų santykis neskiriamas nuo loginio normų santykio. Šeima, kaip teisinė bendruomenė, taip pat yra senesnė už valstybę, aprėpiančią daugelį šeimų, ir vis dėlto šeimos teisės galiojimas remiasi nacionaline teisine tvarka. Taip pat ir atskiros valstijos narės teisinės tvarkos galiojimas remiasi fe-

deracinės valstybės konstitucija, nors laiko požiūriu ši susikūrė vėliau už iki tol buvusias nepriklausomas ir tik paskui į federacinę valstybę susijungusias valstybes. Negalima painioti istorinių ir normatyvinių-loginių santykių.

Pradėjus nuo tarptautinės teisės, kaip galiojančios teisinės tvarkos, „valstybės" sąvokos negalima apibrėžti be nuorodos į tarptautinę teisę. Šiuo požiūriu valstybė yra santykinai centralizuota dalinė teisinė tvarka, pavaldi tik tarptautinei teisei: šios dalinės teisinės tvarkos galiojimo teritorinę, temporalinę bei materialiąją sritį riboja tik tarptautinė teisė.

Dviejų monistinių konstruktų skirtumas

Žvelgiant iš nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybės taško kaip nacionalinės teisės dalis traktuojama tarptautinė teisė savo turiniu kartu yra ta pati tarptautinė teisė, kuri, žvelgiant iš tarptautinės teisės pirmenybės taško, yra traktuojama kaip už visas nacionalines teisines tvarkas aukštesnė ir šias teisines tvarkas deleguojanti teisinė tvarka. Šių dviejų monistinių nacionalinės ir tarptautinės teisės santykio konstruktų skirtumas siejasi tik su tarptautinės teisės galiojimo pagrindu, o ne jos turiniu. Pirmajame (kur pradedama nuo nacionalinės teisės galiojimo) tarptautinės teisės galiojimo pagrindas yra preziumuojama pamatinė norma, pagal kurią istoriškai pirmosios konstitucijos sukūrimas yra teisėkūros faktas. Antrajame (kur pradedama nuo tarptautinės teisės galiojimo) jos galiojimo pagrindas yra preziumuojama pamatinė norma, pagal kurią teisėkūros faktas yra valstybių paprotys. Valstybių paprotys yra teisėkūros faktas ir tarptautinėje teisėje, kuri yra traktuojama tik kaip nacionalinės teisinės tvarkos dalis. Bet čia valstybių paprotys yra teisėkūros faktas ne vien dėl to, kad yra preziumuojama norma, pagal kurią valstybių paprotys kuria teisę, bet dėl pripažinimo aktu sukuriamos pozityviosios teisės normos, o šios pozityviosios normos galiojimo pagrindas galiausiai yra preziumuojama pamatinė nacionalinės teisinės tvarkos (kuri ir yra šio konstrukto išeities taškas) norma.

Kadangi abiem atvejais tarptautinės teisės turinys yra tas pats, tai ji abiem atvejais vykdo ir tas pačias funkcijas: ji (per efektyvumo principą) apibrėžia nacionalinių teisinių tvarkų galiojimo pagrindą ir sritį. Viena iš šių nacionalinių teisinių tvarkų yra toji, iš kurios toliau rutuliojamas konstruktas, kuriame preziumuojama tos tvarkos pirmenybė; būtent ji (šiame konstrukte) apima tarptautinę teisę kaip savo dalį. Tai gali būti bet kuri, tačiau tik *viena* nacionalinė teisinė tvarka; jeigu į tarptautinę teisę žvelgiama kaip į nacionalinės teisės dalį, tai nacionalinę teisinę tvarką siaurąja prasme būtina skirti nuo nacionalinės teisinės tvarkos plačiąja prasme. Nacionalinė teisinė tvarka siaurąja prasme apima konstitucijos normas ir normas, pagal konstituciją kuriamas įstatymų leidybos, jurisdikcijos bei administravimo aktais. Nacionalinė teisinė tvarka plačiąja prasme yra šio konstrukto išeities taškas tiek, kiek ji apima dar ir pripažintą tarptautinę teisę, t. y. normas, kuriamas tarptautiniais papročiais ir tarptautinėmis sutartimis. Tarptautinė teisė, kaip šios nacionalinės teisės dalis, per efektyvumo principą apibrėžia visų nacionalinių teisinių tvarkų – ir tų, kurios nėra, ir tos, kuri yra šio konstrukto išeities taškas ir, vadinasi, apima

tarptautinę teisę kaip savo dalį, – galiojimo pagrindą. Antruoju atveju ji, kaip nacionalinės teisės plačiąja prasme dalis, šią savo funkciją vykdo tik nacionalinės teisės siaurąja prasme atžvilgiu. Todėl šių dviejų tos nacionalinės teisinės tvarkos plačiąja prasme dalių santykis laikytinas ne koordinacijos, o subordinacijos ir viršenybės santykiu. Toji nacionalinės teisinės tvarkos dalis, kurią sudaro tarptautinė teisė, yra aukštesnio lygmens, nei toji dalis, kurią sudaro nacionalinė teisė siaurąja prasme. Perkeltine prasme galime sakyti: pripažindama tarptautinę teisę, valstybė save pajungia tarptautinei teisei. Tačiau nacionalinei teisinei tvarkai priklausantis tarptautinės teisės efektyvumo principas nėra galutinis nacionalinės teisės siaurąja prasme galiojimo pagrindas; tas galutinis pagrindas yra šios teisinės tvarkos preziumuojama pamatinė norma, t. y. toji pamatinė norma, kuri kartu yra ir galutinis šiai nacionalinei teisinei tvarkai priklausančios tarptautinės teisės galiojimo pagrindas. Toji nacionalinės ir tarptautinės teisės sąsaja, kuri čia apibūdinama kaip nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybė, susiklosto tik tarp minėtos nacionalinės teisinės tvarkos plačiąja prasme ir jai priklausančios tarptautinės teisinės tvarkos.

Ir kitą tarptautinės teisės funkciją, vykdomą šiai pasinaudojant efektyvumo principu, būtent tai, kad ji riboja nacionalinių teisinių tvarkų galiojimo sritis, tarptautinė teisė, kaip nacionalinės teisinės tvarkos dalis, vykdo tik kitos šios teisinės tvarkos dalies – nacionalinės teisės siaurąja šio žodžio prasme – atžvilgiu. Tik jos galiojimo sritį riboja tarptautinė teisė, kaip nacionalinės teisinės tvarkos plačiąja prasme dalis. Ir šiuokart galutinis minėto apribojimo galiojimo pagrindas yra ne tokios tarptautinės teisės efektyvumo principas – tas galutinis pagrindas yra preziumuojama tos nacionalinės teisinės tvarkos, kurios dalis yra tarptautinė teisė, pamatinė norma.

O dėl kitų teisinių tvarkų, tai (tos teisinės tvarkos, kuri yra šio konstrukto išeities taškas ir apima tarptautinę teisę, požiūriu) jų santykis su tarptautine teise nuo santykio, susiklostančio vadovaujantis tarptautinės teisės pirmenybe, skiriasi tik tiek, kiek tarptautinės teisės efektyvumo principas nėra jų galiojimo bei jų galiojimo sričių apribojimo galutinis pagrindas; tokio konstrukto išeities tašku esančios nacionalinės teisinės tvarkos požiūriu tas galutinis pagrindas yra preziumuojama šios nacionalinės tvarkos pamatinė norma. Todėl suvereni yra vien ši nacionalinė teisinė tvarka (plačiąja prasme, t. y. apimanti ir jos pripažįstamą tarptautinę teisę) – ta prasme, kad ji yra aukščiausia teisinė tvarka, virš kurios nėra preziumuojama jokia kita dar aukštesnė tvarka. Tačiau kadangi šioje nacionalinėje teisinėje tvarkoje plačiąja prasme viena jos dalis (nacionalinė teisė siaurąja prasme) yra subordinuota kitai daliai (tarptautinei teisinei tvarkai), tai ši nacionalinė tvarka siaurąja prasme yra ne suvereni, bet (kaip ir kitos nacionalinės teisinės tvarkos, nesančios šio konstrukto išeities tašku) pavaldi tik tarptautinei teisei. Dėl to, kad tarptautinė teisė yra nacionalinės teisinės tvarkos, esančios šio konstrukto išeities tašku, pagrindas, pastaroji tampa universalia teisine tvarka, deleguojančia visas kitas nacionalines teisines tvarkas. Gaunamas tas pats rezultatas, kaip ir tas, kurį teikia tarptautinės teisinės tvarkos pirmenybė, – visos galiojančios teisės pažintinė vienovė. Bet tarptautinės teisės pirmenybės atveju konstrukto išeities taškas gali būti tik toji tarptautinė teisė, o nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybės atveju konstrukto išeities taškas gali būti (kaip sakyta) bet ku-

ri, nors kiekvienąkart tik viena, nacionalinė teisinė tvarka. Ir tik tada, kai konstruojant tarptautinės teisės ir nacionalinės teisės santykį pradedama nuo nacionalinės teisinės tvarkos, reikia daryti prielaidą, kad šiai nacionalinei tvarkai yra teikiama pirmenybė; iš tikrųjų ši pirmenybė jau yra preziumuojama.

Kaip jau buvo pabrėžta, vienokio arba kitokio konstrukto pasirinkimas nedaro jokio poveikio tarptautinės teisės turiniui. Toji tarptautinė teisė, kuri yra laikoma nacionalinės teisės dalimi, yra to paties turinio, kaip ir toji tarptautinė teisė, kuri yra laikoma aukštesne už nacionalines teisines tvarkas. Maža to, ir nacionalinės teisės turinys nepatiria jokio jo santykio su tarptautine teise konstrukto poveikio. Todėl jeigu iš šių konstruktų yra dedukuojami tokie sprendimai, kuriuos galima išvesti tik iš pozityviosios tarptautinės teisės arba iš pozityviosios nacionalinės teisės, tai bus piktnaudžiavimas arba vienu, arba kitu konstruktu (o taip kartais ir daroma). Antai preziumuojantieji tarptautinės teisės pirmenybę tvirtina, esą iš tos aplinkybės, kad tarptautinė teisė yra viršesnė už nacionalinę teisę, išplaukia, kad joms konkuruojant tarptautinei teisei turi būti teikiamas prioritetas nacionalinės teisės atžvilgiu, o tai reiškia, kad tarptautinei teisei priešinga norma yra niekinė. Kaip matome iš to, kas jau pasakyta, šitokios tarptautinės teisės ir nacionalinės teisės normų konkurencijos niekada negali būti. Nacionalinės teisės norma negali būti niekinė, ji gali būti tik „nuginčijama“, ir ją panaikinti galima dėl jos „priešingumo tarptautinei teisei“ tik tuo atveju, kai tarptautinė teisė arba nacionalinė teisė pati numato procedūrą, pagal kurią šią normą galima panaikinti. Bendroji tarptautinė teisė tokios procedūros nenumato. Ta aplinkybė, kad tarptautinė teisė suvokiama kaip viršesnė už nacionalinę teisę, minėtos procedūros nepadaro pertekline. Yra plačiai paplitusi nuostata, esą iš valstybių pajungimo tarptautinei teisei galima dedukuoti tai, kad valstybių suverenitetas yra iš esmės susiaurintas, todėl yra įmanoma efektyvi teisinė pasaulio organizacija. Tarptautinės teisės pirmenybė atlieka lemiamą vaidmenį politinėje pacifizmo ideologijoje. Tas valstybės suverenitetas, kurį tarptautinės teisės viršenybė visiškai atmeta, yra kažkas labai skirtinga nuo vadinamojo tarptautinės teisės susiaurinto valstybės suvereniteto. Pirmasis reiškia aukščiausią teisinį autoritetą, antrasis – valstybės veikimo laisvę. Šią veikimo laisvę tarptautinė teisė siaurina nepriklausomai nuo to, ar tarptautinė teisė yra suvokiama kaip viršesnė už nacionalinę teisinę tvarką, ar kaip jai subordinuota, taigi kaip nacionalinės teisinės tvarkos dalis. Efektyvi teisinė pasaulio organizacija yra galima pasirinkus ir vieną, ir kitą konstruktą.

Už tarptautinės teisės pirmenybę minėtam piktnaudžiavimui dar atviresnė yra valstybės suvereniteto prielaida grindžiama nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybė. Iš tos aplinkybės, kad tarptautinė teisė galioja tik dėl to, kad ją valstybė pripažįsta ir todėl ji yra nacionalinės teisės dalis, daroma išvada, esą valstybę nebūtinai saisto jos sudarytos sutartys arba esą su valstybės suverenitetu yra nesuderinamas jos sutikimas paklusti tarptautiniam teismui (net jeigu jis duodamas tos valstybės sudaryta sutartimi) ar jos susaistymas kolegialaus organo sprendimu (net jeigu šis kolegialus organas bei jo procedūra buvo sukurti tos valstybės sudaryta sutartimi). Kaip tarptautinės teisės pirmenybė atlieka lemiamą vaidmenį pacifizmo ideologijoje, lygiai taip pat ir nacionalinės teisinės tvarkos

pirmenybė (valstybės suverenitetas) atlieka lemiamą vaidmenį imperializmo ideologijoje. Suvereniteto sąvokos dviprasmiškumas jose abiejose yra talkinantis ir kurstantis veiksnys. Bet jeigu valstybė yra pripažinusi tarptautinę teisę, vadinasi, jeigu tarptautinė teisė tai valstybei galioja, tai ji galioja taip pat, kaip ji galiotų, jeigu būtų supranacionalinė teisinė tvarka. Tokiu atveju nepriklausomai nuo to, kokį turinį valstybės suteikia sutartimis sukurtoms normoms, galioja tarptautinės teisės *pacta sunt servanda* principas. Pagal tarptautinę teisę niekas su susitariančiosios valstybės prigimtimi, ypač su jos suverenitetu, negali būti taip „nesuderinama", kad tas dalykas negalėtų būti tarptautine sutartimi sukurtos normos turiniu. Ta aplinkybė, kad viršesnė tarptautinė teisė valstybės suvereniteto neapsunkina, yra visiškai suderinama su ta aplinkybe, kad valstybė, kuri, remdamasi savo suverenitetu, pripažino tarptautinę teisę ir šitaip padarė ją savo nacionalinės teisės dalimi, *pati* siaurina savo „suverenitetą", dabar jau reiškiantį tokią jos veikimo laisvę, kai ji akceptuoja bendrosios tarptautinės teisės ir tos valstybės sudarytų sutarčių nustatytas pareigas. Į klausimą, kokiu mastu suverenios valstybės suverenitetą gali riboti tos valstybės pripažįstama tarptautinė teisė, galima atsakyti tik remiantis tarptautinės teisės turiniu, o ne dedukuoti atsakymą iš suvereniteto sampratos. Susiaurinto nacionalinio suvereniteto, kaip valstybės veikimo laisvės, pozityvioji tarptautinė teisė neriboja. Tarptautine sutartimi galima sukurti tokią centralizuotą tarptautinę organizaciją, kuri pati savo pobūdžiu būtų valstybė, tad šią sutartį sudariusios ir tos organizacijos narėmis esančios valstybės nustotų būti valstybėmis. Tačiau spręsti, kokiu mastu vyriausybė privalo arba jai leidžiama siaurinti savosios valstybės veikimo laisvę, yra politikos klausimas. Atsakymo į jį negalima dedukuoti nei iš tarptautinės teisės pirmenybės, nei iš nacionalinės teisės pirmenybės.

44. TEISĖS TEORIJA IR PASAULĖŽIŪRA

Dviejų monistinių tarptautinės teisės ir nacionalinės teisės santykio konstruktų (t. y. dviejų visos galiojančios teisės pažintinę vienovę pasiekiančių paradigmų) kontrastas yra stebėtinai panašus į subjektyvistinės ir objektyvistinės pasaulėžiūros kontrastą. Kad suvoktų išorinį pasaulį, subjektyvistinis požiūris pradeda nuo suverenaus Aš, taigi šis pasaulis čia yra suvokiamas ne kaip išorinis, o kaip vidinis pasaulis, kaip Aš idėja ir valia; panašiai ir nacionalinės teisės pirmenybe grindžiamas konstruktas: kad suvoktų išorinį teisės pasaulį, t. y. tarptautinę teisę ir kitas nacionalines teisines tvarkas, jis pradeda nuo savosios suverenios valstybės, taigi šią išorinę teisę jis tegali suvokti kaip vidinę teisę, kaip savosios nacionalinės teisinės tvarkos dalį. Subjektyvistinė, egocentrinė pasaulio interpretacija veda į solipsizmą; t. y. į požiūrį, pagal kurį esama tik vienos suverenios būtybės – savojo Aš, o visa kita egzistuoja tik jame arba tėra jo mąstymo, jausmo ir valios dariniai, ir kuris dėl to negali pripažinti kitų būtybių pretenzijos taip pat būti tokiais pat suvereniais Aš; panašiai ir nacionalinės teisės pirmenybė reiškia, kad kaip suverenią suvokti galima tik savąją valstybę, nes vienos (savosios) valstybės suverenitetas yra nesu-

derinamas su kitų valstybių suverenitetu. Turėdami šitai galvoje, savosios nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybę galime apibūdinti kaip valstybinį subjektyvizmą, netgi kaip valstybinį solipsizmą. Siekdama suvokti Aš (ne tik stebėtojo Aš, bet visus Aš), objektyvistinė pasaulėžiūra pradeda nuo išorinio pasaulio tikrovės ir leidžia šiam Subjektui egzistuoti ne kaip suvereniai būtybei ir kaip pasaulio centrui, o tik kaip esminei pasaulio daliai; panašiai ir tas konstruktas, kuris čia apibūdinamas kaip tarptautinės teisės pirmenybė, siekdamas suvokti atskirų valstybių teisinę būtį, pradeda nuo išorinio teisės pasaulio, nuo tarptautinės teisės, kaip galiojančios teisinės tvarkos, bet negali leisti, kad šios valstybės būtų suvokiamos kaip suverenūs autoritetai – tik kaip į tarptautinę teisę integruotos dalinės teisinės tvarkos. Subjektyvistinės ir objektyvistinės pasaulėžiūros antitezė moksliniam tikrovės pažinimui nedaro poveikio; pasaulis, kaip pažinimo objektas, šį pasaulį aprašantys gamtos dėsniai yra tie patys nepriklausomai nuo to, ar šis pasaulis yra suvokiamas kaip Ego vidinis pasaulis, ar Ego yra mąstomas kaip esantis šio pasaulio viduje; panašiai ir dviejų teisės konstruktų kontrastas nedaro poveikio teisės turiniui; ar tai bus tarptautinė teisė, ar nacionalinė teisė, vis tiek jų turinį aprašančios teisės taisyklės yra tos pačios nepriklausomai nuo to, ar tarptautinė teisė yra suvokiama kaip priklausanti nacionalinei teisei, ar nacionalinė teisė – tarptautinei teisei.

Dviejų teisės konstruktų antitezę galima palyginti dar ir su Ptolemėjaus geocentrinio bei Koperniko heliocentrinio visatos matymų antiteze. Kaip viename konstrukte savoji valstybė yra teisės pasaulio centras, lygiai taip pat ir Ptolemėjaus pasaulėvaizdyje mūsų Žemė yra tas centras, aplink kurį sukasi Saulė. Kaip kitame konstrukte tarptautinė teisė yra teisės pasaulio centras, lygiai taip pat ir Koperniko matyme tas centras, aplink kurį sukasi Žemė, yra Saulė. Tačiau šitoks dviejų astronominių požiūrių į visatą kontrastas – tai tik dviejų skirtingų atskaitos sistemų kontrastas. Pasak Maxo Plancko[121]: „Jeigu imame tokią atskaitos sistemą, kuri yra tvirtai susijusi su mūsų Žeme, tai turime sakyti, kad Saulė juda dangumi; bet jeigu atskaitos sistemą perkeliame į nejudančią žvaigždę, Saulė nejuda. Šių dviejų formuluočių kontrastas neimplikuoja nei prieštaravimo, nei neapibrėžtumo: čia tik pateikiami du požiūrio į pasaulį modusai. Pagal fizikinę reliatyvumo teoriją, kurią šiandien galima vertinti kaip giliai įsitvirtinusią moksle, abi atskaitos sistemos ir jas atitinkantys požiūrio į pasaulį modusai yra vienodai teisingi ir pagrįsti, todėl iš esmės neįmanoma nešališkai pasirinkti vieno iš jų remiantis kokiais nors matavimais arba skaičiavimais.“ Tas pats pasakytina apie du teisinius nacionalinės ir tarptautinės teisės santykio konstruktus. Jų kontrastas remiasi dviejų atskaitos sistemų skirtumu. Viena yra sutelkta į savosios valstybės teisinę tvarką, kita – į tarptautinę teisinę tvarką. Abi sistemos yra vienodai teisingos ir vienodai pagrįstos. Remiantis teisės mokslu vienos iš jų pasirinkti neįmanoma. Šis mokslas negali nieko daugiau – tik aprašyti jas ir konstatuoti, kad atsiradus reikalui apibrėžti tarptautinės teisės ir nacionalinės teisės santykį būtina pasirinkti vieną arba kitą atskaitos sistemą. Pats pasirinkimas yra už teisės mokslo ribų. Jis galimas tik nemoksliniais, politiniais sumetimais. Branginantis savosios valstybės suve-

[121] Max Plank, *Vorträge und Erinnerungen* (Stuttgart, 1949), p. 311.

reniteto idėją (nes jis savąją savimonę praplečia taip, kad susitapatina su valstybe) rinksis nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybę. O vertinantis teisinės pasaulio organizacijos idėją rinksis tarptautinės teisės pirmenybę.

Kaip buvo pabrėžta, tai nereiškia, kad nacionalinės teisės pirmenybės teorija teisinės pasaulio organizacijos idėjai yra mažiau palanki už tarptautinės teisės pirmenybės idėją. Bet atrodo, kad nacionalinės teisės pirmenybės teorija teikia pateisinimą tokiai politikai, kuri atmeta toli siekiantį valstybės veikimo laisvės susiaurinimą. Toks pateisinimas kyla iš paklydimo, atsirandančio dėl suvereniteto sampratos – arba kaip aukščiausio teisinio autoriteto, arba kaip neribotos veikimo laisvės – dviprasmiškumo. Tačiau šio paklydimo buvimą reikia priimti kaip esminį politinės imperializmo ideologijos, eksploatuojančios valstybės suvereniteto dogmą, elementu. Tas pats pasakytina *mutatis mutandis* apie prioriteto teikimą tarptautinės teisės viršenybei. Ši idėja neriboto suvereniteto (turima galvoje valstybės veikimo laisvė) idealui anaiptol nėra mažiau palanki nei nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybė, bet atrodo, kad ji pateisina kur kas didesnį valstybės veikimo laisvės apribojimą nei nacionalinės teisinės tvarkos pirmenybė. Tai taip pat paklydimas; bet politinėje pacifizmo ideologijoje šis paklydimas atlieka lemiamą vaidmenį.

Nuimdama šydą nuo abiejų šių paklydimų, panaikindama jų, kaip loginių įrodymų (tuomet jie būtų nepaneigiami), regimybę, redukuodama juos į politinius argumentus, kuriuos galima atremti atitinkamais kontrargumentais, Grynoji Teisės Teorija atveria kelią arba vienokiai, arba kitokiai politinei raidai, nė vienos iš jų nepostuluodama ir neteisindama, nes kaip teorija Grynoji Teisės Teorija yra abejinga ir vienai, ir kitai.

VIII. AIŠKINIMAS

45. AIŠKINIMO ESMĖ

Taikydamas teisę, teisinis organas turi suprasti taikomų normų prasmę: jis turi jas „aiškinti“. Taigi aiškinimas yra intelektinė veikla, lydinti teisės taikymo procesą šiam einant nuo aukštesnio prie žemesnio lygmens. Kai kalbame apie aiškinimą, paprastai galvojame apie įstatymo aiškinimą, ir tada reikia atsakyti į klausimą, kokį turinį reikia suteikti individualiajai teismo sprendimo arba administracinio dekreto normai, dedukuojamai iš toje konkrečioje byloje taikytinos bendrosios normos. Bet yra ir konstitucijos aiškinimas, jeigu konstituciją būtina taikyti žemesniu lygmeniu, kaip antai įstatymų leidybos procese, išleidžiant ypatingąsias taisykles arba atliekant kitus, tiesiogiai konstitucijos įgalinamus aktus; yra ir tarptautinėmis sutartimis sukurtų normų arba papročiais sukurtų bendrosios tarptautinės teisės normų aiškinimas, jeigu šias normas turi konkrečiu atveju taikyti vyriausybė arba tarptautinis ar nacionalinis teismas, arba administracinis organas. Dar aiškinamos yra individualiosios normos, teismų sprendimai, administraciniai įsakymai, teisiniai sandoriai ir t. t., žodžiu, visos taikytinos teisės normos.

Bet suprasti teisės normas, vadinasi, ir nustatyti jų prasmę, turi ir individai, besielgiantys taip, kad išvengtų sankcijų ir šitaip *paklūstantys* teisei. Ir galiausiai – aprašydamas pozityviosios teisės normas, jas turi aiškinti ir teisės mokslas.

Taigi turime dvi aiškinimo rūšis, ir jas būtina aiškiai skirti: tokį teisės aiškinimą, kurį atlieka teisės taikymo organas, ir tokį teisės aiškinimą, kurį atlieka privatus individas ir ypač teisės mokslas. Pirma aptarsime teisės taikymo organo atliekamą aiškinimą.

a) Santykinis teisės taikymo akto neapibrėžtumas

Teisinės tvarkos aukštesnio ir žemesnio lygmenų, kaip antai konstitucijos ir įstatymo arba įstatymo ir teismo sprendimo, santykis – tai determinacijos arba susaistymo santykis: aukštesnio lygmens norma reguliuoja aktą, kuriuo sukuriama žemesnio lygmens norma, arba vykdymo aktą; aukštesnio lygmens norma apibrėžia ne tik žemesnio lygmens normos kūrimo arba vykdymo akto procedūrą, bet ir tos normos arba to akto turinį.

Tačiau toks apibrėžimas niekada negali būti baigtinis. Aukštesnė norma negali visais aspektais apibrėžti savo taikymo akto. Visada turi likti daugiau ar mažiau erdvės diskre-

cijai, todėl aukštesnė norma žemesnės atžvilgiu tegali būti tam tikri rėmai, kuriuos tas aktas turi užpildyti. Net detaliausias įsakymas šį įsakymą vykdančiam individui turi palikti šiek tiek diskrecijos. Jeigu organas *A* įsako organui *B* areštuoti subjektą *C*, tai organas *B* savo nuožiūra turi nuspręsti, kada, kur ir kaip įvykdyti arešto orderį, – tokie sprendimai priklauso nuo išorinių aplinkybių, kurių įsakymą davęs organas nenumatė ir tam tikru mastu negalėjo numatyti.

b) Sąmoningas teisės taikymo akto neapibrėžtumas

Taigi kiekvieną teisės taikymo aktą teisė apibrėžia tik iš dalies, o iš dalies palieka neapibrėžtą. Tas neapibrėžtumas gali sietis su faktais kaip sąlygomis arba su šių sąlygų padariniais. Neapibrėžtumas gali būti sąmoningas, t. y. taikytiną normą kuriantis organas gali jo siekti. Tad bendroji norma visada kuriama tariant, kad bus sukurta individualioji norma, kuria bus taikoma ta bendroji norma, ir taip bus pratęstas determinacijos procesas, kuris ir yra teisinės tvarkos hierarchijos prasmė. Štai du pavyzdžiai. Įstatymas, grasindamas bausme, nustato, jog kilus epidemijai miesto gyventojai turi imtis tam tikrų priemonių, kad užkirstų kelią ligai plisti; tam tikra administracinė institucija įgalinama pagal įvairias ligas apibrėžti įvairias priemones. Baudžiamasis įstatymas už tam tikrą deliktą numato baudą arba įkalinimą ir palieka teisėjui konkrečioje byloje nuspręsti, ar pasirinkti vieną, ar kitą bausmę, taip pat apibrėžti kiekvienos iš jų dydį; tuo tarpu įstatymas gali nustatyti jos viršutinę ir žemutinę ribą.

c) Nesąmoningas teisės taikymo akto neapibrėžtumas

Teisės akto neapibrėžtumas gali atsirasti ir jo sąmoningai nesiekiant – dėl taikytinos normos formulavimo tame akte būdo. Paprastai taip būna tada, kai normos formuluotėje pavartotas žodis arba klauzulė turi daugiau nei vieną prasmę: lingvistinis normos aiškinimas yra dviprasmis, formuluotes aiškinti galima skirtingai. Taip būna ir tada, kai normą turintis taikyti individas tiki, jog normos formuluotė ir tą normą sukūrusios institucijos valia neatitinka viena kitos (kad ir kaip būtų galima tą valią išsiaiškinti). Manytina, kad tą valią galima išsiaiškinti ne iš normos formuluotės, bet iš kitų šaltinių. Vadinamosios įstatymų leidėjo valios arba teisinio sandorio šalių ketinimų ir jų žodinės išraiškos neatitikties tikimybę tradicinė jurisprudencija apskritai pripažįsta. Valios ir jos išraiškos neatitiktis gali būti visuminė arba dalinė – antroji esti tada, kai įstatymų leidėjo valią arba šalių ketinimus atitinka bent vienas iš normų formuluočių leidžiamų aiškinimų. Galiausiai atliktino teisės akto neapibrėžtumas gali atsirasti ir dėl to, kad dvi į galiojimą pretenduojančios normos (galbūt dėl to, kad jos abi yra išdėstytos tame pačiame įstatyme) iš dalies arba suvis prieštarauja viena kitai.

d) Taikytina teisė – tai rėmai

Visais šiais sąmoningo arba nesąmoningo neapibrėžtumo žemesniu lygmeniu atvejais teisės taikymui yra atviros kelios galimybės. Teisės aktą, kuriuo taikoma teisės norma,

galima atlikti taip, kad jis atitiktų: a) kurią nors vieną iš skirtingų teisės normos prasmių, b) kaip nors nustatomą normą sukūrusios institucijos valią, c) normą sukūrusios institucijos pasirinktą išraišką, d) kurią nors iš viena kitai prieštaraujančių normų, arba e) konkrečią bylą, kuriai skirtos dvi viena kitai prieštaraujančios normos, būtų galima išspręsti tariant, kad tos dvi viena kitai prieštaraujančios normos panaikina viena kitą. Visais šiais atvejais taikytina teisė tėra rėmai, tarp kurių yra galimi keli skirtingi taikymo variantai, ir čia kiekvienas tarp tų rėmų esantis aktas yra teisės aktas.

„Aiškinimą“ suprantant kaip aiškinamo dalyko prasmės pažintinį nustatymą, teisės aiškinimo rezultatas tegali būti aiškinamos teisės, kaip tam tikrų rėmų, nustatymas, vadinasi, kelių tarp šių rėmų esančių galimybių nustatymas. Tad įstatymo aiškinimas duoda nebūtinai vieną (vienintelį teisingą) sprendimą, o galbūt kelis, ir visi jie yra lygios vertės, nors teisės taikymo organo (pirmiausia teismo) veiksmas pozityviąja teise paverčia tik vieną iš jų. Ta aplinkybė, kad teismo sprendimas yra grindžiamas įstatymu, iš tikrųjų reiškia tik tai, kad jis neišeina už įstatymo rėmų; ji reiškia ne tai, kad ta individualioji norma yra *vienintelė*, bet tai, kad ši individualioji norma yra *viena* iš tų, kurias galima sukurti neišeinant už bendrosios normos rėmų.

Vis dėlto tradicinė jurisprudencija iš aiškinimo tikisi ne tik to, kad jis nustatys tokius rėmus, bet dar ir kitos užduoties atlikimo, ir šią iš tiesų laiko jo svarbiausia funkcija: aiškinimas turi sukurti metodą, kuris leistų teisingai užpildyti nustatytus rėmus. Tradicinė teorija nori mus įtikinti, jog konkrečioje byloje taikomas įstatymas visada gali pateikti tik *vieną* teisingą sprendimą ir kad pozityvus teisinis šio sprendimo „teisingumas“ yra grindžiamas pačiu šiuo įstatymu. Aiškinimo procedūrą ši teorija aprašo taip, tarsi tai būtų tik intelektinis išsiaiškinimo arba supratimo aktas, tarsi teisės taikymo organas turėtų naudotis tik savo intelektu, o ne valia ir tarsi per grynai intelektinę veiklą iš turimų galimybių būtų galima pasirinkti tik vieną teisingą sprendimą, atitinkantį pozityviąją teisę.

e) Vadinamieji aiškinimo metodai

Žvelgiant į pozityviąją teisę nėra jokio kriterijaus, pagal kurį tarp tų rėmų reikėtų rinktis vieną, o ne kitą galimybę. Paprasčiausiai nėra metodo (kurį būtų galima apibūdinti kaip pozityviosios teisės metodą), leidžiančio iš kelių normos prasmių išskirti vieną kaip vienintelę „teisingą“ (žinoma, jeigu yra galimi keli išaiškinimai). Nepaisant visų tradicinės jurisprudencijos pastangų, valios ir jos išraiškos konflikto ligi šiol nepavyko objektyviai patikimai išspręsti pirmosios arba antrosios naudai. Visi iki šiol plėtoti aiškinimo metodai duoda tik galimą, o ne būtiną rezultatą, ir niekada neduoda tokio, kuris vienintelis būtų teisingas. Pozityviosios teisės požiūriu nė vienas metodas nėra geresnis už kitą: ar atmesti formuluotes ir paisyti tik preziumuojamos įstatymų leidėjo valios, ar griežtai laikytis formuluočių ir nekreipti dėmesio į (visada problemišką) įstatymų leidėjo valią. Jeigu atsitinka taip, kad dvi to paties įstatymo normos prieštarauja viena kitai, minėtų teisės taikymo galimybių svoris pagal pozityviąją teisę yra lygus. Mėginti „teisiškai“ pagrįsti vieną ir atmesti kitą – bergždžias dalykas. Kad *argumentum a contrario* bei analogija, kaip aiškinimo būdai, yra visiškai beverčiai, liudija tai, jog jie abu duoda priešin-

gus rezultatus ir nėra kriterijaus, leidžiančio nuspręsti, kada taikyti vieną, o kada – kitą. Panašiai ir „interesų pasvėrimo“ principas (*Interessenabwägung*) tėra problemos formulavimas, ne sprendimas. Jis neteikia objektyvaus mato arba standarto konkuruojantiems interesams tarpusavyje palyginti ir tuo remiantis šiai konkurencijai panaikinti. Tokio mato arba standarto neįmanoma dedukuoti iš aiškinamos normos arba iš įstatymo, kuriame ši norma yra išdėstyta, nei iš visos teisinės tvarkos, kaip teigia vadinamoji „interesų pasvėrimo“ teorija. Juk aiškinimo poreikis atsiranda būtent dėl to, kad taikytina norma arba normų sistema atviras palieka kelias galimybes, vadinasi, joje nėra sprendimo, kurie iš tų interesų yra vertesni už kitus, o tai spręsti paliekama būsimam normų kūrimo aktui, pavyzdžiui, teismo sprendimo priėmimui.

46. AIŠKINIMAS KAIP VALIOS ARBA PAŽINIMO AKTAS

Idėja, kuria grindžiama tradicinė aiškinimo teorija, būtent – kad tą (atliekamo teisės akto) apibrėžimą, kurio taikoma norma neteikia, galima gauti pažįstant esamą teisę, yra nesuderinama su preziumuojama aiškinimo galimybe ir dėl to – prieštaringas paklydimas. Klausimas, kuri pagal taikomą įstatymą esanti galimybė yra „teisinga“, nėra į pozityviąją teisę nukreipto pažinimo klausimas, nes čia susiduriame ne su teisės teorijos, bet su teisinės politikos problema. Uždavinys iš įstatymo išvesti vienintelį teisingą teismo sprendimą arba vienintelį teisingą administracinį aktą yra iš esmės tolygus uždaviniui vienintelius teisingus įstatymus kurti neperžengiant konstitucijos. Taip, kaip aiškinimu negalima iš konstitucijos išvesti vienintelių teisingų įstatymų, lygiai taip pat negalima aiškinimu iš įstatymo išvesti vienintelių teisingų teismo sprendimų. Žinoma, šiedu atvejai šiek tiek skiriasi, bet tik kiekybiškai, ne kokybiškai; skirtumas čia tik tas, kad įstatymų leidėjui konstitucijos nustatyti suvaržymai, susiję su įstatymų, kuriuos jis yra įgalintas išleisti, turiniu, yra ne tokie griežti, kaip tie suvaržymai, kuriuos įstatymas nustato tą įstatymą taikančiam teisėjui: kurdamas teisę įstatymų leidėjas yra daug laisvesnis už teisėją. Bet ir teisėjas kuria teisę, ir vykdydamas šią funkciją jis taip pat yra santykinai laisvas. Juk individualiosios normos sukūrimas teisės taikymo procese neišeinant už bendrosios normos rėmų yra valios funkcija. Tiek, kiek taikant teisę yra galima teisės taikymo organo pažintinė veikla, tiek, kiek šioji neapsiriboja tuo, kas būtina (ne tik nustato tuos rėmus, tarp kurių turi būti atliekamas tam tikras aktas), tiek ji yra ne pozityviosios teisės, bet kitų normų, galinčių įsiterpti į teisėkūros procesą (kaip antai moralės, teisingumo normų, konstituojančių socialines vertybes, paprastai žymimas tokiais šūkiais kaip „tautos gerovė“, „valstybės interesai“, „pažanga“ ir pan.), pažinimas. Pozityviosios teisės požiūriu apie jų galiojimą nieko negalima pasakyti. Žvelgiant iš pozityviosios teisės taško jas visas galima apibūdinti tik negatyviai; tai yra tokios normos, kurios nėra pozityviosios teisės normos. Šios teisės požiūriu teisės akto sukūrimas, jeigu tai daroma pagal taikomą normą, yra laisvas, t. y. jis priklauso pašaukto sukurti tą aktą organo diskrecijai, nebent pati po-

zityvioji teisė deleguotų tam tikras metateisines, kaip antai moralės arba teisingumo, normas, bet tada šios normos yra transformuojamos į pozityviosios teisės normas.

Apibūdinant ne tik tai, kaip įstatymus aiškina teismai arba administracinės institucijos, bet ir apskritai kaip teisę aiškina jos taikymo organai, galima pasakyti štai ką: taikydamas teisę teisinis organas pažintinį taikomos teisės aiškinimą derina su valios aktu, kuriuo tas organas pasirenka vieną iš pažintinio aiškinimo atskleidžiamų galimybių. Šiuo valios aktu arba sukuriama žemesnio lygmens norma, arba įvykdomas taikomos teisės normos numatytas prievartos aktas.

Šis valios aktas teisės taikymo organo atliekamą teisės aiškinimą atskiria nuo bet kurio kito aiškinimo, ypač nuo to teisės aiškinimo, kurį atlieka jurisprudencija.

Teisės taikymo organo atliekamas aiškinimas visada yra autentiškas. Jis kuria teisę. Žinoma, apie „autentišką aiškinimą“ kalbame tik tada, kai šis aiškinimas įgyja įstatymo arba tarptautinės sutarties formą ir yra bendro pobūdžio, t. y. kai juo teisė kuriama ne tik konkrečiam atvejui, bet visiems panašiems atvejams, kitaip tariant, kai aktas, kuris apibūdinamas kaip autentiškas, savo pobūdžiu yra bendrosios normos sukūrimas. Tačiau teisės taikymo organo atliekamas aiškinimas yra autentiškas (teisėkūra) ir tada, kai teisė juo sukuriama tik konkrečiam atvejui, t. y. kai tas organas sukuria tik individualiąją normą arba įvykdo sankciją. Čia pažymėtina štai kas: autentišku aiškinimu (t. y. tokiu aiškinimu, kurį atlieka teisės taikymo organas) galima ne tik realizuoti pažintinio taikomos normos aiškinimo atskleidžiamas galimybes, bet ir sukurti normą, apskritai peržengiančią taikomos normos rėmus.

Tokiu autentišku aiškinimu teisę galima kurti ne tik tada, kai aiškinimas yra bendro pobūdžio (kai susiduriame su „autentišku aiškinimu“ tradicine prasme), bet ir tada, kai teisės taikymo organas sukuria individualiąją normą, jeigu šios normos galiojimo negalima panaikinti, jeigu ši norma yra įgijusi galutinio sprendimo galią. Gerai yra žinoma, kad didelė naujos teisės dalis yra sukuriama tokiu autentišku aiškinimu, ypač paskutinės instancijos teismų.

Teisės taikymo organo atliekamas aiškinimas skiriasi nuo visų kitų aiškinimų: visi kiti aiškinimai nėra autentiški, t. y. jie nekuria teisės.

Jeigu individas nori paklusti jo elgesį reguliuojančiai teisės normai, t. y. jeigu jis nori atlikti teisinę pareigą elgdamasis tokiu būdu, kurio priešybę teisinė tvarka susieja su sankcija, tai tada, kai norma vienareikšmiškai neapibrėžia šio individo elgesio, jis taip pat turi pasirinkti vieną iš skirtingų galimybių. Bet šis pasirinkimas nėra autentiškas. Jis nesusaisto šią normą taikančio organo, todėl visada yra susijęs su rizika, kad tas organas jį palaikys klaidingu, tad šio individo elgesį bus galima vertinti kaip deliktą.

47. TEISĖS MOKSLO ATLIEKAMAS AIŠKINIMAS

Teisės mokslo (jurisprudencijos) atliekamą teisės aiškinimą, kaip neautentišką, reikia griežtai skirti nuo teisinių organų atliekamo aiškinimo. Jurisprudencinis aiškinimas – tai grynai pažintinis teisės normų prasmės nustatymas. Kitaip negu teisinių organų atlieka-

mas aiškinimas, jurisprudencinis aiškinimas nekuria teisės. Požiūriu, kad naują teisę galima kurti vien pažintiniu galiojančios teisės aiškinimu, yra grindžiama vadinamoji „sąvokų jurisprudencija“ (*Begriffsjurisprudenz*), bet Grynoji Teisės Teorija jį atmeta. Taigi jurisprudencijos atliekamas grynai pažintinis aiškinimas negali užpildyti tariamų teisės spragų. Vadinamosios teisės spragos užpildymas yra teisėkūros funkcija, kurią gali vykdyti tik teisės taikymo organas[122], o jurisprudencija teisėkūros funkcijos nevykdo. Jurisprudencinis aiškinimas tegali atskleisti visas galimas teisės normos prasmes, bet ne daugiau. Jurisprudencija, kaip teisės pažinimas, negali nuspręsti, kurią iš jos atskleidžiamų galimybių pasirinkti, – ji turi palikti tai nuspręsti teisiniam organui, teisinės tvarkos įgalintam taikyti teisę. Advokatas, savo kliento interesais teisėjui pateikiantis tik vieną iš kelių galimų toje byloje taikytinos normos išaiškinimų, arba autorius, savajame komentare vieną iš daugelio galimų išaiškinimų išaukštinantis kaip vienintelį „teisingą“, vykdo ne teisės mokslo, bet teisinės politikos funkciją. Jis siekia paveikti įstatymų leidybą. Žinoma, to jam negalima uždrausti. Bet jis negali to daryti teisės mokslo (juriprudencijos) vardu, o taip dažnai ir yra daroma. Jurisprudencinis aiškinimas turi būti atsargus ir išvengti fikcijos, esą galimas tik vienas „teisingas“ teisės normos aiškinimas. Tradicinė jurisprudencija šią fikciją naudoja tam, kad apgintų teisinio saugumo idealą. Dėl daugumos teisės normų nevienareikšmiškumo prie šio idealo galima tik artėti. Negalima paneigti, kad tik vieną prasmę turinčių teisės normų fikcija tam tikru politiniu požiūriu gali turėti didelių privalumų. Bet jokie politiniai privalumai negali pateisinti šios fikcijos naudojimo moksliškai aprašant pozityviąją teisę. Moksliniu, vadinasi, objektyviu, požiūriu yra neleistina vieninteliu teisingu paskelbti tokį išaiškinimą, kuris už kitą, logiškai lygiai taip pat galimą išaiškinimą yra labiau priimtinas subjektyviu politiniu požiūriu. Juk tokiu atveju grynai politinis vertinimas apgaulingai pateikiamas kaip mokslo tiesa. Be to, griežtai mokslinis, kritine analize grindžiamas ir visus galimus išaiškinimus (tarp jų ir politiškai nepageidaujamus, ir tuos, kurių įstatymų leidėjas arba susitariančiosios šalys nesiekė, bet kuriuos vis dėlto apima jų pasirinktos formuluotės) atskleidžiantis įstatymo arba tarptautinės sutarties aiškinimas gali daryti praktinį poveikį, gerokai pranokstantį vienareikšmiškumo, „vienintelės prasmės“ fikcijos politinį privalumą: toks mokslinis aiškinimas teisę kuriančiam autoritetui gali parodyti, kaip smarkiai jo kūrinys atsilieka nuo techninio reikalavimo teisės normas formuluoti kaip galima vienareikšmiškiau arba bent jau taip, kad neišvengiamas nevienareikšmiškumas būtų sumažintas iki minimumo ir šitaip būtų pasiekiamas kuo didesnis teisinis saugumas.

[122] Žr. § 35g, poskyrį „Vadinamosios teisės spragos“.

Hans Kelsen
GRYNOJI TEISĖS TEORIJA

Dailininkas *Algimantas Dapšys*
Dizainerė *Nijolė Juozapaitienė*

Tiražas 1200 egz. Užsakymas 1073
Išleido leidykla „Eugrimas“, Šilutės g. 42a-1, LT-2042 Vilnius
Puslapis internete www.eugrimas.lt
Spaudė AB „Vilspa“ spaustuvė, Viršuliškių skg. 80, LT-2056 Vilnius

Kelsen, Hans

Ke78 Grynoji Teisės Teorija / Hans Kelsen. – Vilnius : Eugrimas, 2002. – 282 p. – (Atviros Lietuvos knyga : ALK, ISSN 1392-1673)

Santr. angl. - Bibliogr. išnašose
ISBN 9955-501-29-4

Hansas Kelsenas (1881–1973) – vienas žymiausių visų laikų teisės mokslininkų, Vienos, Kelno, Kalifornijos (Berklyje) universitetų profesorius, normatyvizmo teorijos kūrėjas. „Grynoji Teisės Teorija" – svarbiausias jo veikalas. Šioje knygoje raginama žvelgti į teisę tokią, kokia ši iš tikrųjų yra, būtent normų hierarchinė sistema, prievartinė tvarka, kurią įmanoma analizuoti objektyviai, nesivadovaujant vertybėmis, atsikratant tradicinei jurisprudencijai ideologijos primestų stereotipų ir schemų.

UDK 340.12

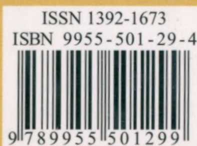
Kas yra teisė? Ar įmanoma ją analizuoti išsivadavus iš vertybinių stereotipų? Koks yra jos santykis su morale ir su valstybe? Kas lemia teisės hierarchiją? Į šiuos klausimus mėgina atsakyti grynoji teisės teorija, raginanti žvelgti į teisę tokią, kokia ši iš tikrųjų yra.

Teisė susideda iš normų. Teisės normų efektyvumą užtikrina galimybė taikyti pažeidėjui valstybės prievartą – sankciją. Teisė neišreiškia jokio moralės minimumo, jos nevalia suplakti su vertybėmis: nemorali ir neteisinga teisė nė kiek ne „mažiau" yra teisė nei ta, kurią žmonės laiko moralia ir teisinga. Objektyvi, vertybių atžvilgiu neutrali teisės analizė leidžia išvengti tradicinės jurisprudencijos „dualistinių iliuzijų": nėra esminių skirtumų tarp subjektinių teisių ir pareigų, tarp objektinės ir subjektinės teisės, tarp viešosios ir privatinės teisės, tarp teisėkūros ir teisės taikymo, tarp teisės ir valstybės, tarp nacionalinės teisės ir tarptautinės teisės ir kt.; visų šių „dualizmų" funkcija – grynai ideologinė. Svarbiausias dalykas teisėje yra jos normų tarpusavio ryšiai. Teisės normų privalomumo negalima kildinti iš politinės valios, jį galima pagrįsti tik normomis: žemesnės galios normas diktuoja aukštesnės normos, vadinasi, pati teisė reguliuoja savo kūrimą. Visos teisės normos sudaro griežtą hierarchinę sistemą, kurios pagrindas – pamatinė norma, konstitucija. Šioje nuoseklioje sistemoje nėra teisės spragų, normų konkurencijos, „antikonstitucinių" įstatymų: logiškai nepriekaištingoje sistemoje jų tiesiog negali būti. Valstybėje negali galioti jokia teisės norma, priešinga konstitucijai. Tačiau virš nacionalinės teisės yra dar tarptautinė teisė, kartu su nacionaline teise sudaranti visuminę teisinę tvarką. Paklusdamos tarptautinei teisei, valstybės ją paverčia savo nacionalinės teisės dalimi ir atsisako dalies savo suvereniteto.

Hansas Kelsenas (1881–1973) – vienas žymiausių visų laikų teisės mokslininkų, Vienos, Kelno, Kalifornijos (Berklyje) universitetų profesorius, normatyvizmo teorijos kūrėjas. „Grynoji Teisės Teorija" – svarbiausias jo veikalas.

ALK – serija verstinių knygų, kurias leidžia įvairios leidyklos, remiamos Atviros Lietuvos fondo. Serijos tikslas – supažindinti skaitytojus su šiuolaikiniais humanitarinių ir socialinių mokslų pagrindais. Šios knygos leidimą ALF remia kartu su Vidurio Europos universiteto Vertimų projektu.

ATVIROS LIETUVOS KNYGA



ISSN 1392-1673
ISBN 9955-501-29-4



Rekomenduojama kaina 35 Lt